Die

Wertpapierhypothek

(§§ 1187–1189 BGB.)

INAUGURAL-
DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der
Universität Leipzig

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

eingereicht von

ERICH WECK
Referendar in Dresden

DRESDEN
BUCHDRUCKEREI ALBERT HILLE
1910

Meinen
lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0040

Inhaltsverzeichnis.

A. Einführung.

Seite

§ 1. Einleitung 7

§ 2. Geschichtlicher Ueberblick 8

B. Die Besonderheiten der Wertpapierhypothek.

§ 3. Allgemeines über die Inhaber- und Ordrepapiere . . . 15

§ 4. Die Wertpapierhypothek als Sicherungshypothek 17

§ 5. Die Bestellung der Wertpapierhypothek 20

§ 6. Fortsetzung; insbesondere die richterliche Prüfungspflicht 22

§ 7. Fortsetzung; weitere Besonderheiten der Eintragung . . . 27

§ 8. Die Uebertragung und Belastung der Wertpapierhypothek . 30

§ 9. Die Legitimationsfrage: §§ 44 und 29 GBO. im Verhältnis zueinander 33

§ 10. Die Zwangsvollstreckung 36

§ 11. Die Wertpapierhypothek als Höchstbetragshypothek . . . 38

§ 12. Die Umschreibung und Außerkurssetzung 39

§ 13. Die Wertpapierhypothek als Eigentümerhypothek 40

§ 14. Die Einwendungen bei der Wertpapierhypothek 42

§ 15. Die Ausschließung des Gläubigers im Aufgebotsverfahren 50

C. Der Treuhänder.

§ 16. Allgemeines 50

§ 17. Das Verhältnis des Treuhänders des § 1189 BGB. zu ähnlichen anderen Rechtserscheinungen 52

§ 18. Die rechtliche Natur des Treuhandverhältnisses 54

§ 19. Die Person des Treuhänders 56

Seite

§ 20. Die Bestellung des Treuhänders 57
§ 21. Die Rechtsstellung der Gläubiger und des Treuhänders im Verhältnis zueinander 60
§ 22. Das Recht des Vertreters zu Verfügungen und zur Geltendmachung der Hypothek 62
§ 23. Die Rechtsstellung des Treuhänders im Prozeß 65
§ 24. Die Beendigung der Treuhänderschaft 66

D. Die Inhabergrundschuld.

§ 25. Die Besonderheiten der Inhabergrundschuld 68

Literatur.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung, I. Teil, 1901.

Biermann, Sachenrecht, 2. Aufl., 1903.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, 1898.

Cohn, Die Besonderheiten der im § 1187 BGB. bezeichneten Sicherheitshypothek, Dissertation, Heidelberg 1904.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl., 1903/04.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III, 1905.

Danziger, Ueber die Zulässigkeit einer gewöhnlichen Hypothek im Wechselverkehre, in Juristischer Wochenschrift 1906, S. 370 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, III. Bd.: Sachenrecht, 3. Aufl., 1904.

Deumer, Die Geldvollstreckung in Wertpapiere, Dissertation, Leipzig 1908.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Erste Abteilung: Sachenrecht, 8./9. Aufl., 1905.

Fleck, (Holdheims) Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Bd. 7, S. 217 ff., 1898.

Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I, 1902.

Giel, Die Hypothek für Orderpapiere (§ 1187 BGB.), in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1. Jahrgang, Nr. 24, S. 506.

Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd.: Sachenrecht, 1905.

Güthe, Grundbuchordnung, Bd. I, 1. Aufl., 1905.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895.

—, Das Bürgerliche Gesetzbuch (Vorträge), 1900.

Heilbrunn, Die Entwicklung des Treuhandgedankens im neueren Deutschen Recht, (Holdheims) Monatsschrift für Handels- und Bankwesen, Bd. 15, S 89 ff., 1906.

Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, III. Bd., 1903/1909.

Jacobi, Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches, 1901.

Könige, Kommentar zum Gesetze, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899, 1900.

Kohler, Bank-Archiv, 5. Jahrgang, Nr. 10.

Koppel, Die Rechtsstellung des Treuhänders im Falle der §§ 1187/89 BGB., Dissertation, Leipzig 1909.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1906.

—, Grundbuchrecht, 1902.

Merzbacher, Bank-Archiv, 5. Jahrgang, Nr. 24.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, III. Bd.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., 1909, II. Bd.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Bd., 3. Aufl., 1908.

Predari, Die Grundbuchordnung, 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, III., IV. und VI. Bd., 1899.

Rießer, Zur Kritik des Gesetzentwurfs betreffend das Hypothekenbankwesen und die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, Zeitschrift für Handelsrecht, Anhang zu Bd. 47, 1898.

Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 98, S. 372 ff.

Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts, mit einem Anhang, betreffend das Recht der Inhaberschuldverschreibungen, 1900.

Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Iherings Jahrbücher, Bd. 43, S. 1 ff., 1901.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Bd.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Bd., 1910.

Stern, Der Gläubigervertreter in §§ 1189, 1270 BGB., Dissertation, Breslau 1909.

Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 3. Aufl., 1906.

Willenbücher, Liegenschaftsrecht, 1904.

Wittkamp, Der Grundbuchvertreter des § 1189 BGB. unter Berücksichtigung der übrigen Vertreterarten bei der hypothekarisch gesicherten Anleihe, Dissertation Erlangen 1909.

Die Wertpapierhypothek.

A. Einführung.

§ 1.
Einleitung.

In den §§ 1187—1189 BGB. ist bestimmt, daß für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, eine Hypothek bestellt werden kann. Hiermit ist eine in diesem Umfange bisher nicht bekannte rechtliche Erscheinung grundsätzlich geregelt worden. In den Kreis dieser Vorschriften gehört auch § 1195 BGB. mit seiner Festsetzung, daß eine Grundschuld in der Weise bestellt werden kann, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird, und daß auf einen solchen Brief die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung finden. Die §§ 1187—1189 BGB. gelten somit für die Inhaberschuldhypothek sowohl wie für die Inhabergrundschuld. Deshalb wird in der folgenden Darstellung nur von der Inhaberschuldhypothek und nicht auch ausdrücklich von der Inhabergrundschuld gesprochen, dabei jedoch stillschweigend vorausgesetzt, daß das für die Inhaberschuldhypothek Gesagte auch für die Inhabergrundschuld gilt, soweit nicht ausdrücklich Verschiedenheiten hervorgehoben werden (vgl. unten § 25).

Das Bedürfnis für die gesetzliche Regelung dieser rechtlichen Erscheinungen — von denen die für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel und einem anderen indossablen Papiere zu bestellende Hypothek zusammengefaßt kurz als Wertpapierhypothek bezeichnet werden soll — hat sich im Laufe des 19. Jahrhunderts herausgestellt, wie die folgende geschichtliche Darstellung zeigen soll.

§ 2.

Geschichtlicher Ueberblick.

I. Daß eine Hypothek für einen als Person bekannten und mit Namen bezeichneten Gläubiger, mithin auch für einen derartig bestimmten Inhaber eines Inhaberpapiers oder Gläubiger eines Orderpapiers jederzeit bestellt werden konnte, steht außer Zweifel. Das Neue, was die §§ 1187 ff. BGB. gebracht haben, war die Anerkennung und Regelung der Möglichkeit, eine Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen indossablen Papiere, d. h. für den jeweiligen Inhaber eines dieser Wertpapiere, zu bestellen, und diese dadurch selbst in eine direkte Verbindung mit der Hypothek zu bringen, sowie die Anerkennung der weiteren Befugnis, den Grundschuldbrief auf den Inhaber auszustellen.

Zu einer den §§ 1187 ff. BGB. entsprechenden gemeinrechtlichen gesetzlichen Regelung war man bisher aus folgenden Gründen nicht gelangt: Einmal ist es eine Folge des Grundbuchsystems, daß das Grundbuch, welches über die Belastung der Grundstücke vollständige Auskunft geben soll, auch keinen Zweifel darüber lassen darf, wem ein eingetragenes Recht zusteht. Daraus folgerten die Landesgesetze, daß die Eintragungsbewilligung auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten müsse, oder sie schrieben direkt vor, daß der Name des Gläubigers mit eingetragen sein müsse. Für eine Hypothek „für den legitimierten Inhaber eines Wertpapiers schlechthin“ war also kein Raum. Die einzige Konzession, die gemacht wurde, war die Zulassung der Blankoabtretung von Grundschulden (vgl. z. B. Preußisches Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872, § 55).

Dazu kommt, daß die Natur der Wertpapiere, deren Charakteristikum freieste Beweglichkeit im Verkehre ist, zu dem Wesen der Hypothek mit ihrer durch strenge Vorschriften

erschwerten Uebertragungsmöglichkeit an sich allerdings im schroffsten Gegensatze steht, weshalb das frühere[1]) Recht die Zulässigkeit einer Hypothekenbestellung für indossable Papiere und Inhaberpapiere überhaupt verneint hat.

Da das Bedürfnis, den jeweiligen Inhabern von Inhaber- und Orderpapieren eine direkte hypothekarische Sicherheit zu gewähren, jedoch eingetreten war, hatte die Praxis folgenden Ausweg gefunden: Wenn ein Großindustrieller, meist eine Aktiengesellschaft, durch die Vermittlung eines Bankhauses ein Darlehn aufnehmen wollte, so gab er Schuldscheine, von denen jeder als Teil der ganzen Anleihe bezeichnet wurde, sogenannte Partialobligationen, aus, verpflichtete sich gemäß Art. 301 HGB. a. F., den Betrag derselben an das die Emission betreibende Bankhaus oder dessen Order auf Grund der jedem Anteilscheine beigedruckten Bedingungen[2]) zurückzuzahlen, und ließ zur Sicherung der Anleiheschuld eine Kautionshypothek zugunsten der zum Treuhänder bestellten Bank eintragen, die damit vertragsmäßig als der mit unwiderruflicher Vollmacht versehene Vertreter der Gläubiger hinsichtlich der Hypothek bestellt wurde. Die Girierung der Schuldscheine erfolgte dann fast stets in blanko, so daß sie ohne ein anderes Erfordernis als das der Uebergabe der Scheine von Hand zu Hand gingen. (In ähnlicher Weise vollzieht sich die Uebergabe bei den amerikanischen mortgagebonds, die auf den Namen einer bestimmten Person, des trustee „or bearer", lauten[3]). Da die Eintragung der Hypothek von vornherein lediglich auf den Namen der Bank und nicht etwa auch „für die durch Indossament legitimierten Papierinhaber" erfolgte, und da deren Eintragung auch später nach der Indossierung nicht stattfand, so wurden sie überhaupt nicht Hypothekengläubiger. Ihr rechtliches Verhältnis zur Hypothek war nicht sachenrechtlich, sondern lediglich obligationenrechtlich durch die in den Anteilscheinen enthaltenen Bedingungen geregelt.

[1]) RG. Bd. 14, S. 94; Bd. 18, S. 346; Bd. 22, S. 63; Bd. 31, S. 90.
[2]) Hachenburg, Beiträge, S. 148.
[3]) Vgl. Hachenburg, Beiträge, S. 148.

Diese setzten deshalb unter anderem die Verpflichtung des Bankhauses fest, alle den Schuldscheininhabern nachteiligen Dispositionen hinsichtlich der Hypothek zu unterlassen, und regelten seine Haftung für das Bestehenbleiben der Hypothek. Das Bankhaus verlor, sobald die Emission vollendet war, seine Stellung als Gläubiger der Forderung und blieb nur als Träger der Hypothek zurück.

Die Ausstellung von Teilschuldverschreibungen an Order konnte gemäß Art. 301 HGB. a. F. nur durch einen Kaufmann erfolgen. Mithin war der eben geschilderte Weg einer dinglichen Sicherung von Anleihen nicht gangbar für Personen, die nicht[1]) Kaufmannseigenschaft hatten, wie Großgrundbesitzer, die keine kommerziellen Einrichtungen auf ihrem Grundstücke besaßen, wie Kasinogesellschaften oder Vereine mit idealen Zwecken; auch für sie war aber eine dingliche Sicherung ihrer Anleihen dann sehr wichtig, wenn dadurch die Absetzung der Papiere erleichtert wurde.

Um zu einer dinglichen Sicherung auch der Anleihen dieser Nichtkaufleute zu gelangen, war man bisher verschiedene Wege gegangen. Man umging entweder das Gesetz auf Schleichwegen[2]) oder man wählte den direkten Weg, daß man entweder eine Person als Darlehns- und Hypothekengläubiger eintrug und diese dann Teilzessionen an die für den Zweck geworbenen Darleiher vornahm, oder daß man die ganze Reihe der Geldgeber als Gläubiger mit der Bestimmung gleichen Ranges eintrug. Nebenher ging dabei mitunter eine leichtere Form der Uebertragung. Sie bestand darin, daß man in der Schuldurkunde auf die Eröffnung der Zession verzichtete und sich verpflichtete, den durch einfache schriftliche Uebertragung legitimierten Ueberbringer des Papiers als Gläubiger auch der Hypothek anzusehen, so daß man tatsächlich denselben Erfolg wie jetzt bei der Inhaberschuldhypothek erreichte. Nur war die rechtliche Wirkung derartiger

[1]) Hachenburg, Beiträge, S. 150; P. III, S. 669.
[2]) Vgl. Hachenburg, Beiträge, S. 151.

Vereinbarungen dritten Personen gegenüber, etwa Gläubigern des Gläubigers, von recht zweifelhaftem Werte. Dazu kam noch ein indirekter Weg: Man gründete neben den — besonders auch nicht rechtsfähigen — Vereinen eine Aktiengesellschaft, die mit dem Vereine in eine Art Kontokorrentverkehr trat. Dann war, auch wenn diese Aktiengesellschaft sich gar nicht mit einem Handelsgewerbe befaßte, doch ein Kaufmann da, und man konnte sich des Art. 301 HGB. a. F. bedienen.

II. So war die Rechtslage, als die Motive zu dem I. Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich erschienen. Insoweit nun die Inhaber von Orderpapieren durch die Eintragung einer Kautionshypothek zugunsten der als Treuhänder bestellten Bank in der erwähnten Weise (vgl. oben S. 9) gesichert werden konnten, war dem Verkehrsbedürfnis Genüge geleistet, und die Motive zum Entwurf I tun deshalb der Eintragung der Hypothek für den jeweiligen Gläubiger aus einem Wechsel oder einem anderen indossablen Papiere gar keine Erwähnung. Der Entwurf I befaßt sich nur mit der Frage der Bestellung einer Hypothek bei der Inhaberschuldverschreibung[1]) und kommt dabei zu einem ablehnenden Ergebnis. Er weist zwar darauf hin, daß für die hessischen Provinzen Starkenburg und Oberhessen das Gesetz, das Verfahren der Hypothekenbehörden betreffend, vom 19. Januar 1859 Art. 15 die Bestimmung trifft: „Werden auf den Grund einer errichteten Hauptschuldverschreibung Partialobligationen auf Inhaber ausgestellt, so ist im Hypothekenbuche nicht allein der Name, Vorname und Wohnort der Person, unter deren Vermittlung das Darlehn zu Stande gekommen ist, sondern es ist auch einzutragen, wie viele Partialobligationen, in welchen Beträgen und unter welcher Bezeichnung solche über die Gesamtsumme ausgestellt worden sind", fügt aber hinzu: „Allein ob hierdurch das Institut der Inhaberhypothek" (d. i. die Inhaberschuldhypothek) „hat anerkannt

[1]) S. 635 ff.

werden sollen, ist nach der Fassung der Vorschrift nicht ohne Zweifel; mindestens beschränkt sich die letztere auf den besonderen Fall, daß ein großes Darlehen für eine bestimmte Person eingetragen wird, diese aber das Geld durch Ausgabe von Inhaberpapieren beschafft bezw. zu beschaffen hat". Die Motive fügen hinzu, daß die Landesgesetze die Form für die Eintragung einer Hypothek für den Inhaber der Urkunde nicht bieten, und daß man daraus schließen müsse, daß ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung der Inhaberschuldhypothek in den einzelnen Bundesstaaten sich nicht geltend gemacht habe, daß vielleicht sogar die Ausschließung dieses Institutes als unerläßliche Voraussetzung eines gesunden Realkredites angesehen worden sei. Als Grund für die Ablehnung der Inhaberschuldhypothek führen die Motive weiterhin an, daß, soweit ein Bedürfnis vorhanden sei, dieses durch Kreditinstitute, wie Landschaften, Pfandbriefämter, Hypothekenbanken, viel sicherer befriedigt werde, und daß infolge des Erfordernisses der staatlichen Genehmigung, das der Entwurf im § 701 (dem jetzigen § 795 BGB.) für die Ausstellung und Ausgabe von Schuldverschreibungen, in welchen dem Inhaber die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, sofern nicht das Reich oder ein Bundesstaat der Aussteller ist, aufstellt, und die nicht leicht erteilt werden würde, überhaupt die Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen eingeschränkt werden würde. Werde aber einer öffentlichen Korporation oder großen Aktiengesellschaften die staatliche Genehmigung erteilt, und mache sich eine dingliche Sicherung notwendig, so solle dies besonders landesrechtlich geregelt werden; eventuell sollte auch die Spezialgesetzgebung eingreifen, da sich viele von der Namenhypothek abweichende Vorschriften ergeben würden.

III. Sehr bald wurde jedoch das Bedürfnis einer dinglichen Sicherung der von Nichtkaufleuten aufzunehmenden Anleihen dringend. Die Folge war, daß die Landesgesetzgebung die Inhaberschuldhypothek einführte, und zwar Baden durch Gesetz vom 12. April 1892 und Bayern durch Gesetz

vom 18. März 1896. Hierzu kam in Preußen das Spezialgesetz vom 19. August 1895, betreffend das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben, das die Eintragung von Bahnpfandschulden als Inhaberschuldhypotheken zuließ.

Zugleich wurde in Bayern in dem Gesetz vom 18. März 1896 die Bestellung einer Orderschuldhypothek geregelt.

So hatten sich die Verhältnisse zur Zeit der Beratung der 2. Kommission wesentlich geändert; doch erfolgte die Einführung der Bestimmungen der §§ 1097—1099 E. II (der jetzigen §§ 1187—1189 BGB.) auch jetzt noch teilweise nicht ohne Widerspruch.

Manche verwarfen die Einführung der Wertpapierhypothek überhaupt, weil unter dem Deckmantel der in Wirklichkeit ungenügenden dinglichen Sicherung dem Publikum leicht unsolide und trügerische Papiere zugeführt werden könnten, die die Sicherheit des Rechtslebens gefährden würden. Demgegenüber wurde von Hachenburg[1]) mit Recht vorgebracht, daß es hiergegen keinen anderen Schutz der Käufer gebe als Selbstdiligenz, die durch die Börsenorganisation, insbesondere durch Bestimmungen über die Vorprüfung der an der Börse zugelassenen Papiere, gestützt werde. Wenn die dingliche Sicherung nicht zugelassen werde, dann erfolge eben die Ausgabe einfacher Schuldscheine ohne Hypothek; es sei aber doch unter allen Umständen besser, das, was an pfändbarem festen Kapital vorhanden sei, auch für die Darlehnsgeber zu sichern.

Bezüglich der Einführung der Orderschuldhypothek wurde bei der Beratung der 2. Kommission dargetan, daß solche Anleihen von Großindustriellen usw., die gemäß Art. 301 HGB. a. F. Schuldverschreibungen ausgäben und für diese zugunsten eines Treuhänders eine Hypothek bestellten, an der Berliner Börse in etwa 30 bis 40 verschiedenen Arten gehandelt würden[2]). Man könne diesen die Papiere beifügen, die nur an süddeutschen Börsen oder hier nur an einer einen

[1]) Beiträge, S. 149.

[2]) Hachenburg, Beiträge, S. 147.

lokalen Markt hätten. Sie hätten einen verhältnismäßig hohen und stabilen Kurs und man brächte ihnen Vertrauen entgegen. Mithin stand der Einführung der Orderschuldhypothek nichts im Wege; sie erfolgte durch den Entwurf II im Anschluß an das bereits allgemein bestehende Recht, und mit der Aenderung, daß die Hypothek nun nicht mehr zugunsten des Bankhauses als eines Gläubiger-Treuhänders eingetragen werden muß, wie es bisher immer geschehen war, sondern daß sie von vornherein für die Forderung, d. h. für den jeweilig durch Indossament berechtigten Inhaber des Orderpapiers eingetragen werden kann, wobei das die Emission betreibende Bankhaus lediglich Vertreter-Treuhänder ist.

Gegen die Zulassung der Inhaberschuldhypothek wurde außer den bisher gegen sie vorgebrachten Gründen noch geltend gemacht, daß eine im Interesse des Verkehrs nicht wünschenswerte Verdrängung der Orderpapiere durch Inhaberpapiere stattfinden würde. Diese Befürchtung wurde als unrichtig mit der Begründung zurückgewiesen, daß das für die Inhaberpapiere bestehende Erfordernis der staatlichen Genehmigung ein Ueberschwemmen des Effektenmarktes mit Inhaberpapieren naturgemäß verhindern werde. Ein Kaufmann oder sonstiger Unternehmer werde die Inhaberschuldhypothek dann wählen, wenn ihm die Emission durch ein Bankhaus, das den Erwerber und ersten Giranten darstellt, unmöglich oder unnötig erscheine, und ihm die staatliche Genehmigung sicher sei, wie letzteres z. B. bei Wohltätigkeitsanstalten, die ein Spital oder Waisenhaus in größerem Umfange bauten, mit Sicherheit zu erwarten sei. Somit gelangte die 2. Kommission auch zur reichsrechtlichen Regelung der Hypothek für die Schuldverschreibung auf den Inhaber. Die §§ 1187—1189 BGB. schließen sich dabei eng an das bayrische Gesetz vom 18. März 1896 an[1]).

IV. Ueber Uebergangsvorschriften und vorbehaltene Landesgesetze vgl. Fuchs zu §§ 1187—1189 Nr. 17.

---

[1]) Vgl. im einzelnen Staudinger, § 1187, 1d.

V. Es soll schon hier auf das Gesetz vom 12. Dezember 1899, betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (SchVG.), hingewiesen werden. Es besagt im § 1: „Sind von jemand, der im Inlande seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat, im Inlande Schuldverschreibungen mit im Voraus bestimmten Nennwerten ausgestellt, die nach dem Verhältnis dieser Werte den Gläubigern gleiche Rechte gewähren, und betragen die Nennwerte der ausgegebenen Schuldverschreibungen zusammen mindestens 300 000 Mk., und ist die Zahl der ausgegebenen Stücke mindestens 300, so haben die Beschlüsse, welche von einer Versammlung der Gläubiger aus diesen Schuldverschreibungen zur Wahrung ihrer gemeinsamen Interessen gefaßt werden, nach Maßgabe dieses Gesetzes verbindliche Kraft für alle Gläubiger der bezeichneten Art. Die Versammlung kann insbesondere zur Wahrung der Rechte der Gläubiger einen gemeinsamen Vertreter für diese bestellen." Die Bestimmungen dieses Gesetzes werden insbesondere für den Vertreter des § 1189 BGB. von Bedeutung (vgl. unten §§ 16 ff).

B.

Die Besonderheiten der Wertpapierhypothek.

§ 3.

Allgemeines über die Inhaber- und Orderpapiere.

§ 1187 BGB. sagt, daß eine Hypothek bestellt werden kann für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann. Es handelt sich hier um Erscheinungsformen der Wertpapiere, die im Börsenverkehre eine besonders bedeutende Rolle spielen.

I. Eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ist nach § 793 Abs. 1 BGB. eine Urkunde, in der der Aussteller dem

Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht, so daß der Inhaber vom Aussteller die Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen kann, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist, und wobei der Aussteller jedoch auch durch Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit wird. Nicht Inhaberpapiere sind die im § 808 BGB. angeführten sogenannten unechten Inhaberpapiere oder qualifizierten Legitimationspapiere, wie z. B. das Sparkassenbuch. Sie sind Namenpapiere, und sie werden lediglich, um die Legitimation zu erleichtern, mit der Bestimmung ausgegeben, daß der Schuldner mit schuldbefreiender Wirkung die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirken darf, während der Inhaber an sich kein Recht auf Leistung hat. Für diese Papiere des § 808 BGB., sowie für die im § 807 BGB. genannten Karten, Marken und ähnlichen Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, für die aber gewisse für die Schuldverschreibungen auf den Inhaber geltende Bestimmungen entsprechende Anwendung finden, wenn der Aussteller dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will, kommen die §§ 1187 ff. BGB. nicht in Frage.

II. Forderungen, die durch Indossament übertragen werden können, sind einmal nach § 363 HGB. Anweisungen, die auf einen Kaufmann, und Verpflichtungsscheine, die von einem Kaufmann über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, wenn sie an Order lauten, sowie die Konnossemente der Seeschiffer, die Ladescheine der Frachtführer, die Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten, die Bodmereibriefe und die Transportversicherungspolicen, und zwar ebenfalls nur, wenn sie an Order lauten. Zu ihnen gehört dann weiter der Wechsel nach Art. 4, 9 WO. und der Scheck nach § 8 des Scheckgesetzes vom 11. März 1908. Weshalb das Gesetz den Wechsel, bei dem doch als dem charakteristischen Träger des Personalkredits eine ding-

liche Sicherung gerade sehr selten sein wird, besonders erwähnt, ist nicht einzusehen; vielleicht soll er als Beispiel dafür dienen, den Begriff der indossablen Papiere zu verdeutlichen. Inwieweit die genannten Orderpapiere einer hypothekarischen Sicherung unterworfen sein können, wird unten behandelt werden (vgl. § 6 II).

---

§ 4.

Die Wertpapierhypothek als Sicherungshypothek.

§ 1187 BGB. sagt, daß für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, nur eine Sicherungshypothek bestellt werden kann. Der Grund für diese Bestimmung liegt in dem Wesen dieser Wertpapierforderungen. Sie sind abstrakter Natur, das heißt bei ihnen ist das Bestehen der Forderung unabhängig von dem Schuldgrunde; der Erwerb der Forderung vollzieht sich also unabhängig von dem Rechte des Vormannes; die den Eigentümer zustehenden Einwendungen müssen sich aber nach den für die Forderung geltenden Vorschriften bestimmen. Die Forderungen aber sind derartig mit der Schuldurkunde verknüpft, daß sie nur insoweit geltend gemacht werden können, als sie sich aus der Urkunde ergeben. Diese Erfordernisse waren bei der Sicherungshypothek des § 1184 BGB. gegeben, deren Wesen gerade darin besteht, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann.

Wie bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek nach § 1185 BGB., so ist auch bei der Wertpapierhypothek die Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen. Denn ein Brief ist unnötig und untunlich, da die Wertpapiere die ihm zugewiesenen Funktionen selbst viel vollkommener erfüllen,

und da das Bestehen eines Briefes bei der Möglichkeit, daß Brief und Wertpapier einmal nicht übereinstimmen oder in verschiedene Hände gelangen, nur zu Komplikationen führen würde. Ihre Aehnlichkeit zeigt sich u. a. darin, daß sie das äußere Kennzeichen des Bestehens von Forderung und Hypothek darstellen und deren Verkehrswert in sich verkörpern. Bei beiden vollzieht sich die Uebertragung von Forderung und Hypothek außerhalb des Grundbuchs, wobei eine völlige Analogie der §§ 1154, 1155 BGB. mit dem Indossament bei den Orderpapieren besteht. In beiden Fällen wird die Hypothek geltend gemacht durch Vorlegung der Urkunde, und Befriedigung der Forderung findet nur gegen Aushändigung der Urkunde statt. Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden besteht aber darin, daß der Hypothekenbrief im Gegensatz zu den betreffenden Schuldurkunden kein Wertpapier ist[1]) und daß er nicht konstitutiv im Verhältnis zur Forderung wirkt; besonders sind auch die Bestimmungen des § 40 GBO. nicht auf den Besitzer einer Schuldverschreibung auf den Inhaber und auf den legitimierten Besitzer eines Orderpapiers auszudehnen.

Ihren Charakter als Sicherungshypothek zeigt die Wertpapierhypothek auch darin, daß bei ihr gemäß §§ 1187, 1185 BGB. die Vorschriften der §§ 1156 und 1141 BGB. keine Anwendung finden, daß also die für die Uebertragung der Forderung geltenden Vorschriften der §§ 406—408 BGB. auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger auch in Ansehung der Hypothek in Betracht kommen, und daß die Kündigung des persönlichen Schuldners auch dem Eigentümer gegenüber wirksam wird. Hierin zeigt sich wiederum das Uebergewicht der Forderung, die einfach die Hypothek nach sich zieht. Weiter findet auf die Wertpapiersicherungshypothek nach § 1185 BGB. keine Anwendung die Vorschrift des § 1139 BGB., da der Eigentümer der daselbst enthaltenen Erleichterung seiner Rechtslage bei der Sicherungs-

---

[1]) Anderer Ansicht Planck, § 1187, 4.

hypothek gar nicht mehr bedarf; denn bei ihr kann sich der Gläubiger ja zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen.

Schließlich kommt § 1138 BGB. in Wegfall, da der Hauptunterschied zwischen der Sicherungs- und der Verkehrshypothek gerade darin besteht, daß bei jener der öffentliche Glaube des Grundbuches sich nicht auf die Forderung erstreckt, für welche die Hypothek bestellt ist. Die Folge des Ausschlusses des § 1138 BGB. ist, daß die Einwendungen des persönlichen Schuldners gegen die Forderung, die dem Eigentümer gemäß § 1137 BGB. gegen die Hypothek zustehen, von diesem nicht nur gegen den ursprünglichen Gläubiger, sondern auch gegen jeden Rechtsnachfolger desselben, also auch gegen einen gutgläubigen Erwerber, geltend gemacht werden können. Da aber die gegen die Inhaber- und Orderforderungen infolge des in den Papieren verkörperten Vertrauensprinzips wirksamen Einreden gemäß § 796 BGB., Art. 82 WO., und § 364 HGB. (vgl. unten § 14) sehr beschränkt sind, so ist der Gläubiger einer Wertpapierhypothek tatsächlich in ganz ähnlicher Weise geschützt, wie der Gläubiger der Verkehrshypothek auf Grund der Bestimmungen des § 1138 BGB.

Weil der Rechtsnachfolger bei diesen Wertpapieren originär erwirbt und infolge der großen Aehnlichkeit von Wertpapier und Brief ergibt sich, daß die Wertpapierhypothek in ihrer Verkehrsfunktion der Briefhypothek viel näher steht als der gewöhnlichen Sicherungshypothek des § 1184 BGB. Die Aehnlichkeit wird noch größer durch die freie Uebertragbarkeit von Wertpapierforderung und -hypothek gemäß § 1187 S. 3 BGB.

Während § 1184 BGB. von der gewillkürten Sicherungshypothek spricht, die durch ausdrückliche Bezeichnung „als Sicherungshypothek“ im Grundbuche entsteht, kann für die Inhaber- und Orderpapiere gemäß § 1187 S. 1 BGB. nur eine Sicherungshypothek bestellt werden (sogenannte notwendige[1])

[1]) Vgl. Dernburg, § 242.

Sicherungshypothek). Gemäß § 1187 S. 2 BGB. gilt die Wertpapierhypothek als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist. Ein etwa erteilter Hypothekenbrief ist kraftlos.

---

§ 5.

Die Bestellung der Wertpapierhypothek.

Auf die Wertpapierhypothek finden wie auf jede Sicherungshypothek die für die Verkehrshypothek geltenden Vorschriften der §§ 1113 ff. BGB. Anwendung. Ausnahmen davon bestehen nur insoweit, als für die gewöhnliche Sicherungshypothek die soeben im § 4 besprochenen, zur Verkehrshypothek im Gegensatz stehenden Bestimmungen der §§ 1184, 1185 BGB. gelten, und insofern die §§ 1187 ff. BGB. noch besondere Vorschriften für die Wertpapierhypothek allein aufstellen, die nunmehr erörtert werden sollen.

Zur Begründung einer Hypothek ist nach § 873 Abs. 1 BGB. außer der Eintragung ins Grundbuch die Einigung der Beteiligten, des Eigentümers und des Hypothekengläubigers erforderlich. Dieses Prinzip ist für die Orderschuldhypothek festgehalten, bei den Inhaberpapieren dagegen durchbrochen worden. Inhaberschuldhypotheken pflegen vor der Begebung der Papiere bestellt zu werden, also zu einer Zeit, wo die Gläubiger meist noch unbestimmt oder nicht vorhanden sind. Deshalb bestimmt § 1188 Abs. 1 BGB.: „Zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch.“ Diese Regelung entspricht der im § 794 BGB. gesetzlich anerkannten Kreationstheorie; es bedarf zur Bestellung der Inhaberschuldhypothek ebenso wie zur Wirksamkeit der Inhaberschuldverschreibung keines dinglichen Vertrages. Natürlich ist ein solcher zur Begründung der Inhaberschuldhypothek durchaus geeignet; er wird aber

nur dann möglich sein, wenn die Inhaber bekannt sind. Der Eigentümer würde die Einigung dann mit dem oder den derzeitigen Inhabern der Papiere zugunsten der jeweiligen oder mit dem von der Gläubigerversammlung auf Grund der §§ 1, 14 SchVG. bestellten Vertreter zu vollziehen haben. Der § 878 BGB. findet Anwendung (§ 1188 Abs. 1 BGB.).

Die im § 1188 Abs. 1 BGB. aufgestellte materiellrechtliche Norm für die Begründung der Inhaberschuldhypothek entspricht hier zufällig der gemäß § 19 GBO. aufgestellten formellrechtlichen Eintragungsnorm: daß eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Diese, eine Erleichterung des Grundbuchverkehrs bezweckende und für Eintragungen allgemein gültige Bestimmung bezieht sich auch auf die Eintragung von Inhaberschuld- und Orderschuldhypotheken in gleicher Weise. Auch bei ihnen erfolgt die Eintragung gemäß § 13 GBO. nur auf Antrag [1]). Ein weiteres formelles Erfordernis der Eintragung stellt noch § 29 GBO. auf: Die Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Bei der Orderschuldhypothek sind wie bei jeder anderen Hypothek die erforderlichen Erklärungen ebenfalls vor dem Grundbuchamte abzugeben, bei der Inhaberschuldhypothek genügt dagegen nach § 1188 Abs. 1 BGB. die Bestellungserklärung gegenüber dem Grundbuchamte. Auch die Bestimmungen über den Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden finden bei der ersten Eintragung der Hypothek Anwendung; vgl. jedoch dazu auch unten § 9.

[1]) Ein Beispiel für einen derartigen Antrag bei der Inhaberschuldhypothek vgl. bei Endemann, § 130, 3, a. Anm. 20.

§ 6.

Fortsetzung; insbesondere die richterliche Prüfungspflicht.

§ 1187 BGB. spricht allgemein von Inhaber- und Orderpapieren. Da sich jedoch aus dem für alle Hypotheken geltenden § 1113 BGB. ergibt, daß eine Hypothek nur für eine Geldforderung bestellt werden kann, so kommen von vornherein nur einige der im § 3 aufgeführten Inhaber- und Orderpapiere in Betracht.

I. Von den Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind das eben diejenigen, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird. Sind diese im Inland ausgestellt, so dürfen sie nach § 795 Abs. 1 BGB. nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden, es sei denn, daß sie vom Reiche oder einem Bundesstaate ausgegeben werden (§ 795 Abs. 4 BGB.). Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Inhaberschuldverschreibung ist nichtig (so auch nach bisherigem Rechte; vgl. RG.-Entsch. Bd. 14, S. 94; Bd. 19, S. 282 ff.; JMB. 1895, S. 11). Die Genehmigung wird nach § 795 Abs. 2 BGB. durch die Zentralbehörde des Bundesstaates erteilt, in dessen Gebiete der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Die staatliche Genehmigung wird in Sachsen[1]) durch gemeinsame Verfügung des Ministeriums des Innern und des Finanzministeriums erteilt (Verordnung vom 6. Juli 1899, § 11). Die Erteilung der Genehmigung und die Bestimmungen, unter denen sie erfolgt, sollen durch den Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht werden (§ 795 Abs. 2 S. 2 BGB.).

1. Streit herrscht nun in der Literatur darüber, ob der Grundbuchrichter das Vorhandensein der staatlichen Genehmigung zu prüfen hat, bevor er die Hypothek einträgt; es ist hierbei übrigens besonders zu betonen, daß es allgemein anerkannt ist, daß die Prüfungspflicht sich gemäß der ausdrück-

[1]) Wegen der übrigen Bundesstaaten vgl. Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 6, sowie Oberneck II., § 159, Anm. 11; für das frühere preußische Recht auch Turnau-Förster III., 1, S. 750.

lichen Bestimmung des § 795 BGB. nur auf das Indenverkehrbringen der Forderung, nicht auch auf die Hypothekenbestellung bezieht.

Oberneck[1]) nimmt eine Prüfungspflicht nur für den Fall an, daß die Papiere bereits in den Verkehr gesetzt worden sind, weil ein ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangtes Inhaberpapier nichtig sei und der Grundbuchrichter nicht durch die Eintragung an einem gesetzlich verbotenen Rechtsakte mitwirken dürfe.

Andere[2]) fordern die Prüfung der staatlichen Genehmigung auch für den Fall, daß das Papier noch gar nicht im Verkehr ist, mit folgender Begründung: Da die Inhaberschuldhypothek eine Sicherungshypothek sei, ergreife die Nichtigkeit der Forderung auch die Hypothek Es sei aber die Pflicht des Grundbuchbeamten, auf jeden Fall die Eintragung einer nichtigen Hypothek zu verhüten, und deshalb dürfe er sich nicht darauf verlassen, daß die Erteilung der staatlichen Genehmigung erfolgt sei, bez. daß sie noch jederzeit nachträglich beigebracht werden könne, sondern er müsse sich, um sicher zu gehen, durch den Nachweis, daß die staatliche Genehmigung erteilt sei, von dem rechtsgültigen Bestehen der Inhaberschuldverschreibung zur Zeit des Antrags auf Eintragung der Hypothek Gewißheit verschaffen.

Diesen beiden Ansichten gegenüber verneint eine dritte Gruppe[3]) die Prüfungspflicht überhaupt, von dem Grundsatze ausgehend, daß der Grundbuchrichter die Rechtsgültigkeit der einer Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Forderung niemals zu prüfen habe. Aus diesem Grunde ist ja auch bei der ersten Eintragung einer Inhaberschuld- oder Orderschuldhypothek weder die Vorlage des Papiers noch das Vermerken der Eintragung darauf erforderlich. Der Grundbuchrichter

---

[1]) § 159, S. 968 folgende.

[2]) So Staudinger, § 1188, 1a; Kretzschmar GBR., S. 404; Turnau-Förster, §§ 1187 - 1189, III., 1; Endemann, § 130, 3a; Biermann, § 1188, 1a.

[3]) So Planck, § 1188, 1c; Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 6; Predari, § 19, S. 297 ff.; Willenbücher, S. 250; Cohn, S. 16.

hat nur darauf zu sehen, ob die Bestellung der Hypothek an sich rechtswirksam ist. Ist also die einseitige Bestellungserklärung seitens des Eigentümers[1]) gemäß § 29 GBO. gegenüber dem Grundbuchamte erfolgt, dann entsteht die Hypothek, wenn auch die Inhaberschuldverschreibung nichtig ist, weil sie ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte; sie erscheint als Eigentümergrundschuld. Jedenfalls hat die Nichtigkeit der Forderung nicht einfach die Nichtigkeit der Hypothek zur Folge. Ferner kann man auch aus dem Fehlen der staatlichen Genehmigung nicht auf den Mangel des Belastungswillens des Bestellers der Hypothek schließen; denn die staatliche Genehmigung kann nachträglich erteilt werden, und es kann der Fall vorliegen, daß von der Zentralbehörde des Bundesstaats die Erteilung der staatlichen Genehmigung gerade von der dinglichen Sicherung und deren Eintragung abhängig gemacht wird. Man kann auch nicht sagen, daß der Grundbuchrichter an einem verbotenen Rechtsakte mitwirke, wenn er die Eintragung der Hypothek vornimmt, ohne das Vorliegen der staatlichen Genehmigung zu prüfen; denn durch die Eintragung kommt ja das Inhaberpapier nicht in den Verkehr; und befindet es sich schon im Umlauf, dann vermittelt die Bestellung der Hypothek nicht den Verkehr des nichtigen Inhaberpapiers, da die Hypothek nur die wirklich entstandene Inhaberforderung sichert, und sie für deren Entstehen in ihrer Eigenschaft als Sicherungshypothek ja nicht einmal einen Beweis liefert. Auch ein Vergehen des Grundbuchrichters im Sinne des § 145a StGB. liegt nicht vor, da ja nur der bestraft wird, welcher die Inhaberschuldverschreibungen ohne die erforderliche staatliche Genehmigung ausstellt und in den Verkehr bringt.

Wenn der Grundbuchrichter auch nicht verpflichtet ist, das Vorhandensein der staatlichen Genehmigung zu prüfen, so steht ihm doch, wie Planck[2]) und Predari[3]) hervorheben,

[1]) Vgl. Predari, § 19, S. 297.
[2]) Planck, § 1188, 1c.
[3]) Predari, § 19, S. 297 ff.

das Recht zu, Bedenken in dieser Beziehung zu äußern, und (vgl. Predari)[1]) gegebenenfalls der Staatsanwaltschaft Mitteilung zu machen, wenn er begründeten Verdacht hat, daß ein Vergehen nach § 145a StGB. vorliegt.

Anders liegt der Fall jedoch, wenn bei späteren Eintragungen bei der Hypothek das Inhaberpapier gemäß § 44 GBO. vorzulegen ist; denn die Urkunde soll dann die Berechtigung ihres Inhabers erweisen. Mithin muß der Grundbuchrichter seine Mitwirkung bis zum Nachweise des Vorhandenseins eines gültigen Inhaberpapiers versagen; dazu bedarf es aber des Nachweises der staatlichen Genehmigung[2]).

In diesem letzten Falle erlangt auch die Streitfrage eine Bedeutung, ob der Grundbuchrichter zum Nachweise des Vorhandenseins der staatlichen Genehmigung die Vorlegung der Genehmigungsurkunde in Urschrift oder beglaubigter Abschrift zu verlangen hat[3]), oder ob er sich mit der amtlichen Bekanntmachung im Reichsanzeiger begnügen darf[4]). Predari führt dazu aus, daß, wenn die Veröffentlichung im Reichsanzeiger dazu dient, dem Publikum über die Genehmigung Gewißheit zu verschaffen, sie auch den Grundbuchrichter dazu instand setzen wird, wenn nicht besondere Umstände ihn zu Zweifeln an der Uebereinstimmung der veröffentlichten und der in Wahrheit erfolgten Genehmigung berechtigen; dies spricht für die Richtigkeit der von ihm vertretenen Ansicht.

2. § 793 Abs. 2 BGB. bestimmt, daß bei Inhaberpapieren die Gültigkeit der Unterzeichnung durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form[5]) abhängig gemacht werden kann, daß aber zur Unterzeichnung eine im Wege der mechanischen Verviel-

[1]) Predari, § 19, S. 297 ff.

[2]) So Planck, § 1188, 1c; Predari, § 19, S. 297 ff.

[3]) So Staudinger, § 1188, 1a; Turnau-Förster, §§ 1187 1189, III., 1.

[4]) Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 6; Predari, § 19, S. 298.

[5]) Z. B. Aufdrückung eines Stempels oder Beifügung der eigenhändigen Unterschrift des Kontrollbeamten; vgl. RG. Bd. 14, S. 97 ff.; sowie Turnau-Förster, §§ 1187—1189, III., 1.

fältigung hergestellte Namensunterschrift genügt. Art. 100 Ziff. 1 EG. z. BGB. geht noch weiter mit seiner Festsetzung, daß die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, nach welchen bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die der Bundesstaat oder eine ihm angehörende Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts ausstellt, die Gültigkeit der Unterzeichnung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängt, auch wenn eine solche Bestimmung in die Urkunde nicht aufgenommen ist. Es ist nun ebenfalls bestritten, ob der Grundbuchrichter zu prüfen hat, ob die erwähnten, die Gültigkeit der Unterzeichnung bedingenden, Förmlichkeiten gewahrt sind (vgl. die Anm. auf S. 23—25, 1 u. 2). Die Prüfungspflicht ist zu verneinen, und zwar aus denselben Gründen, die hinsichtlich des Vorhandenseins der staatlichen Genehmigung aufgeführt worden sind.

II. Wie die Inhaberpapiere, so können auch die Orderpapiere nur dann durch eine Hypothek gesichert werden, wenn sie eine Geldforderung (§ 1113 BGB.) enthalten, und zwar kommen sie wie jene fast ausschließlich für Gelddarlehnsforderungen in Betracht. Deshalb wird von den im § 3 aufgeführten Orderpapieren fast nur der kaufmännische Verpflichtungsschein hypothekarisch gesichert. Er ist das Wertpapier, welches überhaupt bei weitem am häufigsten mit einer Hypothek verbunden wird, denn er wird oft auch an Stelle der Inhaberschuldverschreibung gewählt, weil er, auch wenn er mit einem Blankoindossament versehen ist, ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gebracht werden darf. Dazu kommt, daß der kaufmännische Verpflichtungsschein gemäß § 363 HGB. (im Gegensatz zu Art. 301 HGB. a. F.) nur noch auf einen Kaufmann ausgestellt zu sein braucht, so daß er auch von einem Nichtkaufmann ausgegeben werden kann. Wie die Inhaberschuldhypothek, so kommt auch die Wechselschuldhypothek des § 1187 BGB. selten vor, da der Wechsel der charakteristische Träger des Personalkredits ist [1]). Uebrigens

[1]) Ueber die Zulässigkeit einer gewöhnlichen Hypothek im Wechselverkehre vgl. Danziger in Jur. Wschr. 1906, S. 370.

ist bei der Hypothekenbestellung darauf zu achten, daß der Verpflichtungsschein gültig ist. Er muß eigenhändig unterschrieben sein; es genügt nicht, wie bei den Inhaberpapieren gemäß § 793 Abs. 2 BGB., mechanische Vervielfältigung der Unterschrift. Sind mit ihm Zinsscheine verbunden, dann müssen diese, wenn sie nicht Inhaberpapiere, mit staatlicher Genehmigung versehen, sein sollen, eine Form haben, aus der sich ergibt, daß sie bloß Legitimationspapiere, nicht Inhaberpapiere, sein sollen[1]).

§ 7.

Fortsetzung; weitere Besonderheiten der Eintragung.

Es ist bei der Bestellung der Wertpapierhypothek gleichgültig, ob eine Mehrheit von Gläubigern da ist oder nur einer, und ob Teilschuldverschreibungen gebildet sind oder nicht; meistens werden aber mehrere Gläubiger vorhanden und dann auch Teilschuldverschreibungen ausgegeben sein. In diesem Falle besteht dann zwischen den einzelnen Gläubigern in Ansehung der Hypothek nicht etwa eine Gemeinschaft nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand, sondern es haftet für jeden Teilbetrag der Forderung die ganze Hypothek, und der Gläubiger hat ein freies Verfügungsrecht über seinen Anteil.

Wesentlich ist nur, daß eine direkte Verbindung des Forderungsrechts mit der Hypothek stattfindet, wie das bei den älteren preußischen Pfandbriefen der Fall war, wo die Forderung aus dem Papiere selber gebucht wurde. Bei den jüngeren preußischen Pfandbriefen dagegen, bei denen die Obligationäre ein solches Realrecht am Grundstücke nicht erlangen, kann keine Hypothek nach § 1187 BGB., sondern nur eine gewöhnliche Hypothek bestellt werden.

Auch bei der Wertpapierhypothek gilt die Bestimmung des § 1115 BGB., daß bei der Eintragung der Hypothek der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die

[1]) Vgl. Giel, S. 506.

Forderung verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden müsse. Es ist oben im § 2 ausgeführt worden, daß in den früheren Landesgesetzen die Bestimmung enthalten war, daß bei der Eintragung der Hypothek der Gläubiger mit dem Namen zu bezeichnen sei, und daß diese von der Rechtsprechung des Reichsgerichts streng festgehaltene Praxis die Einführung der Inhaberschuldhypothek unmöglich machte. Wenn nun § 1115 BGB. verlangt, daß der Gläubiger angegeben wird, so wird damit nicht die namentliche Aufführung des Gläubigers im Grundbuch gefordert, sondern lediglich eine Bezeichnung, auf Grund deren sich ohne weiteres die Identität zwischen der als Berechtigter eingetragenen Person und dem Gläubiger ergibt, wenn dieser später dem Grundbuchamte die Urkunde vorlegt (vgl. § 44 Abs. 1 GBO.). Bei der Inhaberschuldhypothek ist mithin der „Inhaber der Schuldverschreibung auf den Inhaber" einzutragen, bei der Orderschuldhypothek der „durch Indossament legitimierte Inhaber des Orderpapiers". Im letzteren Falle wird jedoch in der Praxis meist der erste Nehmer des Orderpapiers, d. i. das die Emission besorgende und später noch als Treuhänder verbleibende Bankhaus, als Gläubiger namentlich eingetragen; bei kleinen Anleihen können auch die einzelnen Zeichner der Anleihe, an deren Order die Schuldverschreibungen lauten, im Grundbuche namentlich angegeben werden. Um aber den Anschein zu vermeiden, daß eine Namenhypothek vorliegt, und um überhaupt eine Legitimation des Gläubigers durch Vorlegen der Urkunde (vgl. unten § 9) zu ermöglichen, muß zu jeder namentlichen Nennung des beziehentlich der ersten Gläubiger ein Zusatz kommen, der zum Ausdruck bringt, daß neben dem namentlich eingetragenen Gläubiger der durch Indossament legitimierte Inhaber des Orderpapiers als Gläubiger hinsichtlich der Hypothek ausgewiesen sein soll; so auch OLG. Dresden in RJA. 2, S. 147; das Gesetz sagt nichts darüber.

§ 51 Abs. 1 GBO. sagt, daß es bei der Eintragung einer Hypothek für Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber genügt,

wenn der Gesamtbetrag der Hypothek unter Angabe der Anzahl, des Betrags und der Bezeichnung der Teile eingetragen wird. Wenn die Materialien zur Grundbuchordnung S. 58 hierzu sagen, daß § 51 GBO. den § 1115 BGB. ergänze, soweit es die Angabe des Geldbetrags der Forderung anlange, ihn aber im übrigen unberührt lasse, so ist diese Bemerkung unrichtig; denn § 51 GBO. bestimmt gar nichts über den materiellen Inhalt des Eintragungsvermerks, denn für diesen bleibt § 1115 BGB. in vollem Umfange in Geltung, sondern gibt lediglich eine formelle Erleichterung der Eintragung. Natürlich kann für jede einzeln bezeichnete Teilforderung eine besondere Hypothek eingetragen werden. Doch will gerade § 51 GBO. eine derartige unnötige Belastung des Grundbuchs vermeiden[1]).

§ 51 GBO. ist analog auf indossable kaufmännische Teilschuldverschreibungen auszudehnen. Aus der Tatsache, daß § 51 GBO. diese nicht erwähnt, ist nicht zu entnehmen, daß er seine Anwendung auf sie ausschließen will. Sie sind vielmehr nur deshalb nicht erwähnt, weil die Zulässigkeit der Eintragung einer einheitlichen Hypothek bei ihnen bereits durch die bisherige Rechtsübung gesichert war[2]). Wie ausgeführt wurde, ist das Papier, für das die Hypothek bestellt wird, wegen der Legitimation des Gläubigers bei der Eintragung genau zu bezeichnen. Das sächsische Muster einer Hypothek für die Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber lautet:

> 400000 Mark mit Zinsen zu 4 v. H. Sicherungshypothek für die Inhaber der von der Adler-Brauerei, Aktiengesellschaft, in Gaschwitz, über je 500 Mark auszugebenden 800 Stück Teilschuldverschreibungen der Prioritätsanleihe vom Jahre 1904.

Für die Eintragung einer Hypothek für indossable kauf-

---

[1]) Vgl. u. a. Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 5.

[2]) So Kretzschmar, GBR., S. 405; Staudinger § 1187, 2d; Endemann, § 130, Anm. 27; Prot. III, S. 668 ff.; Entsch. FG. Bd. 2, S. 147 ff.; Rechtspr. d. OLG. (Dresden) Bd. 4, S. 191; Kammerger. Jahrb. Bd. 22, S. 28.

männische Teilschuldverschreibungen gibt Kretzschmar[1]) folgendes Beispiel:

> x Mark mit Zinsen zu 5 v. H. Sicherungshypothek wegen der von N. N. auf die Sächsische Bank zu Dresden ausgestellten indossablen 1000 Stück Teilschuldverschreibungen vom 10. November 1902 Nummer 1—1000 über je 1000 Mark für die Sächsische Bank zu Dresden oder die durch Indossament legitimierten Inhaber der Papiere.

---

§ 8.

Die Uebertragung und Belastung der Wertpapierhypothek.

Da die Wertpapierhypothek eine Sicherungshypothek ist, so würde für sie eigentlich, wie für jede Hypothek, bei der die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist, der § 1154 Abs. 3 BGB. gelten mit seiner Bestimmung, daß auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften des § 873 BGB. entsprechende Anwendung finden, d. h. daß die Uebertragung von Forderung und Hypothek nur durch die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch sich vollziehen könne. Damit würde aber der Verkehrswert dieser Wertpapierforderungen, deren Wesen ja gerade in formfreier, leichtester Uebertragungsfähigkeit besteht, einfach vernichtet werden in dem Augenblick, wo sie mit einer Hypothek verknüpft würden. Deshalb gibt § 1187 S. 3 BGB. die Bestimmung, daß die Vorschrift des § 1154 Abs. 3 BGB. keine Anwendung findet. Da außerdem die Abs. 1 und 2 des § 1154 BGB. wegen ihrer Beschränkung auf die Uebertragung einer Forderung, für die eine Briefhypothek bestellt ist, nicht in Betracht kommen für die Abtretung der Forderung, und da auch § 873 BGB. nicht für die Abtretung der Hypothek gelten kann, weil sich das Recht des Gläubigers aus der

[1]) GBR. S. 406.

Hypothek nach der Forderung bestimmt, so kann lediglich die allgemeine Vorschrift des § 1153 Abs. 1 BGB. maßgebend sein, daß mit der Uebertragung der Forderung die Hypothek auf den neuen Gläubiger übergeht. Die Uebertragung der Forderung aber ist formfrei. Bei einer Schuldverschreibung auf den Inhaber erfordert sie die Einigung über den Uebergang der Forderung und die Uebertragung des Inhaberpapiers. Diese vollzieht sich nach den Grundsätzen der §§ 929 ff. BGB. über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen. Nach § 932 BGB. erlangt der gutgläubige Erwerber auch dann Eigentum an dem Papiere, wenn dieses dem Veräußerer nicht gehörte; bei den Inhaberpapieren tritt das gemäß § 935 BGB. sogar in dem Falle ein, daß das Inhaberpapier dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. (In den Kreis dieser Vorschriften gehört auch die Bestimmung des § 1006 BGB., daß zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache vermutet wird, daß er Eigentümer der Sache ist.) Die Uebertragung einer Forderung aus einem Orderpapiere vollzieht sich gemäß § 364 HGB. und Art. 10 WO. durch das Indossament, „durch das alle Rechte aus dem indossierten Papiere auf den Indossatar übergehen"; hierzu muß aber noch die Uebergabe der Urkunde auf Grund des Begebungsvertrags kommen[1]). Da nun aber die Forderung gemäß § 1153 Abs. 2 BGB. nicht ohne die Hypothek übertragen werden kann, so geht auch die Hypothek in der gleichen (formfreien) Weise wie die Forderung auf den neuen Erwerber über, so daß in dieser Beziehung die Wertpapiersicherungshypothek im schärfsten Gegensatze zu allen übrigen Hypotheken steht, für die der Grundsatz gilt, daß die strenge Form, an die die Uebertragung der Hypothek geknüpft ist, auch die Forderung ergreift.

Somit weist sich als Gläubiger der Inhaberschuldhypothek der verfügungsberechtigte Besitzer des Inhaberpapiers und als Gläubiger der Orderschuldhypothek der durch Indossament,

[1]) Vgl. Staub zu § 364, Anm. 1.

bei mehrfacher Begebung durch eine zusammenhängende, bis auf den ersten Berechtigten hinauslaufende Reihe von Indossamenten, legitimierte Besitzer des Orderpapiers aus; es kann dies beim Wechsel auch der Aussteller und Remittent sein. Bei den Orderpapieren ist neben der Indossierung auch die Zession in Verbindung mit der Uebergabe des Papiers ein gültiger Uebertragungsakt (vgl. Entsch. RG. Bd. 26, S. 99; Bd. 3, S. 329); nur daß der Zessionar dann nicht alle Rechte aus dem zedierten Papiere selbständig und unabhängig erwirbt, sondern nur die Rechte erlangt, die der Zedent aus dem Papiere hatte. Die Uebertragung kann auch durch Blankoindossament geschehen.

Entsprechende Bestimmungen wie für die Uebertragung der Wertpapierhypotheken gelten auch für deren Belastung mit einem Pfandrecht oder einem Nießbrauch gemäß §§ 1292, 1293, bez. 1069, 1081 ff. BGB. Es genügt nämlich nach § 1292 BGB. zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossierten Papiers. Die Uebergabe muß im Sinne des § 1205 BGB. eine körperliche sein[1]). Die Verpfändung eines Orderpapiers kann durch Blankoindossament geschehen; auch kann dem Indossament ein auf den Pfandzweck bezüglicher Zusatz, wie „zum Pfande", beigefügt werden. Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten nach § 1293 BGB. die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§§ 1204 ff. BGB.). Die Bestellung des Nießbrauchs an einer Forderung aus einem Inhaber- oder Orderpapiere erfolgt, wie jede Nießbrauchsbestellung an einem Rechte, gemäß § 1069 BGB. nach den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften. Sie erfordert mithin einen auf Bestellung des Nießbrauchs gerichteten Vertrag und außerdem die Uebergabe des Inhaberpapiers, bez. die Uebergabe des indossierten Orderpapiers.

---

[1]) Vgl. u. a. Staudinger, § 1292, 1b, β.

Eine besondere Bestimmung enthält § 1081 BGB.: „Ist ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist, Gegenstand des Nießbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zu dem Papiere gehörenden Erneuerungsscheines dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu. Der Besitz der zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine steht dem Nießbraucher zu. Zur Bestellung des Nießbrauchs genügt an Stelle der Uebergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes.“ Weitere Sondervorschriften enthalten hierfür die §§ 1082—1084 BGB. In allen diesen Fällen erfolgt aber mit der Belastung der Inhaber- und Orderforderung zugleich die Belastung der für diese bestellten Sicherungshypothek mit einem Nießbrauche oder einem Pfandrechte außerhalb des Grundbuchs.

---

§ 9.

Die Legitimationsfrage: §§ 44 und 29 GBO. im Verhältnis zueinander.

I. § 44 GBO. Abs. 1 bestimmt: „Bei einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Urkunde vorgelegt wird; die Eintragung ist auf der Urkunde zu vermerken.“ Das Gesetz sagt: „Bei einer Hypothek . . .“, d. h. § 44 GBO. gilt nur, wenn eine Hypothek schon besteht, während es zu ihrer Bestellung der Vorlage des Papiers nicht bedarf und deshalb auch nicht eines Vermerkes darauf durch den Grundbuchrichter. Dem steht natürlich nicht entgegen, daß die Tatsache der Bestellung der Hypothek irgendwie aus der Urkunde ersichtlich sein muß, damit für einen nach § 44 Abs. 1 GBO. vorzunehmenden Vermerk die erforderliche Grundlage vorhanden ist. Aber die Bestimmung des Abs. 1 § 44 GBO. gilt nur in dem Falle, daß ein Gläubiger persönlich eine Eintragung

fordert. Sie findet gemäß Abs. 2 § 44 GBO. keine Anwendung, wenn eine Eintragung auf Grund der Bewilligung eines nach § 1189 BGB. bestellten Vertreters oder auf Grund einer gegen diesen erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll; denn der Vertreter ist einerseits nicht im Besitz der Wertpapiere, so daß er sie gar nicht vorlegen kann, andererseits wird er aber durch seine Eintragung ins Grundbuch genügend zur Vornahme grundbücherlicher Geschäfte legitimiert. Dem Vertreter des § 1189 BGB. steht gleich der Vertreter nach dem SchVG. und ein nach Inkrafttreten des Reichsgrundbuchrechts nach Landesrecht bestellter Vertreter (§ 17 ds. G.).

II. Zur Uebertragung der Wertpapierforderung und -hypothek sowie zu deren Belastung mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch bedarf es nicht der Eintragung in das Grundbuch; auch eine öffentliche Beglaubigung der Indossamente bei den Orderpapieren findet nicht statt, da sie nur die freie Beweglichkeit der Papiere beeinträchtigen würde, und da sie materiellrechtlich ohne jede Bedeutung wäre. Es gibt also bei den Inhaberpapieren der Besitz der Urkunde, bei den Orderpapieren die bis auf den ersten Berechtigten zurücklaufende zusammenhängende Reihe von Indossamenten dem Gläubiger ein Forderungsrecht gegen den Schuldner. Bestritten ist nun, ob dies auch zur Legitimation gegenüber dem Grundbuchamte genügt, oder ob dann der Nachweis des Gläubigerrechts durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden gemäß § 29 GBO. notwendig ist, wenn der Gläubiger einen Eintrag ins Grundbuch erwirken will. Es handelt sich hierbei, wie ausgeführt wurde, nicht um die subjektiven Rechtsänderungen (Abtretung, Verpfändung, Nießbrauch), denn diese sind nicht eintragsbedürftig und auch nicht eintragsfähig[1]); denn da eine Umschreibung auf einen bestimmten Gläubiger zwecklos sein und nur den Anschein einer gewöhnlichen Namenhypothek

[1]) So Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 7; vgl. Staudinger, § 1187, 3b; Güthe, GBO., Bd. 1, § 44, S. 809; Kretzschmar, SR., § 1187, 4b; anders Cohn, S. 20.

erwecken würde, ist sie vom Grundbuchrichter abzulehnen. Es kommen also nur die objektiven Rechtsänderungen (wie Entpfändung, Löschung, Rangänderung usw.) in Betracht, wenn sie von einem Gläubiger vorgenommen werden. Die Notwendigkeit des Nachweises des Gläubigerrechtes nach § 29 GBO. wird bei der Orderschuldhypothek bejaht[1]) mit der Erklärung, daß § 29 GBO. wie für jede Namenhypothek auch für die Orderschuldhypothek gelte, da für diese keine Ausnahmebestimmung getroffen sei, und daß deshalb der Gläubiger eine Eintragung nur auf Grund einer Bewilligung des bisher eingetragenen Gläubigers oder auf Grund dessen rechtskräftiger Verurteilung zu dieser Bewilligung erreichen könne. Demgegenüber wird ein Nachweis gemäß § 29 GBO. verneint[2]), weil er der Natur der Wertpapiere widerspräche. Die letztere Ansicht erscheint richtig, auch wäre sonst die Hypothek für den Wechsel wertlos, weil infolge des Nichtvorhandenseins eines Treuhänders und somit der Nichtanwendbarkeit des § 44 Abs. 2 GBO. überhaupt nur eine Tätigkeit des Gläubigers selbst im Sinne des § 44 Abs. 1 GBO. in Betracht kommen kann. Bei der Inhaberschuldhypothek wird die Anwendung des § 29 GBO. bejaht[3]) aus denselben Gründen wie bei der Orderschuldhypothek. Nach anderen genügt die Vorlage des Inhaberpapiers[4]); nur wenn das Grundbuchamt Bedenken gegen die Echtheit des Papiers habe, dann müsse der Inhaber diese durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, insbesondere ein Anerkenntnis des Ausstellers, nachweisen. Sowohl bez. der Orderschuld- als auch der Inhaberschuldhypothek ist die Ansicht, nach der es des Nachweises des Vorliegens der Erfordernisse des § 29 GBO. nicht bedarf, vorzuziehen, da es widersinnig wäre, auf dem Gebiete des formellen Rechtes eine strenge Form beizubehalten, welche

---

[1]) Biermann, § 1187, Nr. 3; Planck, § 1187, 3c; Cohn, S. 20.

[2]) Kretzschmar, GBR., S. 407 u. a.

[3]) So Biermann, § 1187, Nr. 3; Jacobi, S. 343 u. a.; vgl. auch Ritter, S. 192 ff.

[4]) So Planck, § 1187, 3c; Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 7.

die für das materielle Recht (Ausschluß des § 1154 Abs. 3 BGB. durch § 1187 S. 3 BGB.) gegebene Befreiung von der Form für alle Fälle eines eigenen Handelns des Gläubigers wertlos machen würde. Deshalb muß angenommen werden, daß § 44 GBO. den § 29 GBO. ersetzen soll.

---

§ 10.
Die Zwangsvollstreckung.

Den regelmäßigen Gang einer Zwangsvollstreckung in Geldforderungen setzen die §§ 829 ff., 835 ff. ZPO. fest. § 829 Abs. 1 ZPO. gibt die Bestimmung über die Form der Pfändung: „Soll eine Geldforderung gepfändet werden, so hat das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten, an den Schuldner zu zahlen. Zugleich hat das Gericht an den Schuldner das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.“ § 835 Abs. 1 ZPO. setzt dann die Art der Verwertung dahin fest: „Die gepfändete Geldforderung ist dem Gläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerte zu überweisen.“ Die Zwangsvollstreckung in Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren vollzieht sich dagegen in einer mehr oder weniger abweichenden Weise.

Die Inhaberpapiere werden, wie in allen übrigen Rechtsbeziehungen, so auch hinsichtlich der Zwangsvollstreckung durchaus als Sachen behandelt. Deshalb erfolgt ihre Pfändung gemäß § 808 ZPO. durch Inbesitznahme derselben seitens des Gerichtsvollziehers; mit dem Pfandrechte am Papiere wird zugleich ein Pfandrecht am Rechte aus dem Papiere begründet. Die Verwertung der Inhaberpapiere vollzieht sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Verwertung gepfändeter Wertpapiere; es gelten die Bestimmungen der §§ 821, 814, 825 ZPO.

Auch die Pfändung von Forderungen aus Orderpapieren wird, wie § 831 ZPO. ausdrücklich bestimmt, dadurch bewirkt,

daß der Gerichtsvollzieher diese Papiere in Besitz nimmt. Insofern gelten also die Orderpapiere als körperliche Sachen in gleicher Weise wie die Inhaberpapiere. Wie mit der Pfändung der Inhaberpapiere, so ist auch mit der Pfändung der Orderpapiere zugleich ein Pfändungspfandrecht an den in ihnen verbrieften Forderungen begründet. Zu beachten ist übrigens, daß der nach § 831 ZPO. eintretende Besitzergreifungsakt nicht neben den nach § 829 ZPO. zu erlassenden und dem Drittschuldner zuzustellenden Pfändungsbeschluß tritt, sondern daß er diesen ersetzt[1]). Für die Verwertung von Forderungen aus Orderpapieren gilt dagegen im Gegensatz zur Verwertung der Inhaberpapiere die allgemeine Bestimmung für die Verwertung von Geldforderungen (§ 835 ZPO.). Sie erfolgt durch Ueberweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerte; die Ueberweisung ersetzt gemäß § 836 ZPO. die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist; darüber, daß diese durch das Vollstreckungsgericht auszusprechende Ueberweisungserklärung jedoch kein Vollindossament ist, vgl. Deumer[2]). (Vgl. übrigens hinsichtlich der Verwertung noch § 844 ZPO.)

Die für die Forderung aus einem Inhaber- und Orderpapiere gemäß §§ 1187 ff. BGB. bestellte Hypothek wird auch hier ohne weiteres von dem Schicksal der Forderung ergriffen; es bedarf, wie der § 830 Abs. 3 S. 2 und § 837 Abs. 2 S. 2 ZPO. durch Ausschluß der § 830 Abs. 1 S. 1 u. 3 und § 837 Abs. 1 S. 2 ZPO. bestimmen, weder der Erlassung eines Pfändungsbeschlusses noch der Eintragung ins Grundbuch.

Für die Zwangsvollstreckung in das Grundstück gelten keine Besonderheiten (§ 1147 BGB.).

---

[1]) Vgl. Deumer, § 20, S. 64 ff.
[2]) § 27, S. 82.

§ 11.

Die Wertpapierhypothek als Höchstbetragshypothek.

Die Wertpapierhypothek kann auch in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird (§ 1190 BGB.). Diese Höchstbetragshypothek ähnelt der Wertpapierhypothek insofern, als auch sie eine notwendige Sicherungshypothek ist (§ 1190 Abs. 3 BGB.), und als die Forderung außer durch Eintragung ins Grundbuch auch nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden kann. Während aber bei der gewöhnlichen Höchstbetragshypothek im letzteren Falle der Uebergang der Hypothek auf den Erwerber der Forderung ausgeschlossen ist, geht bei der für die Wertpapierhöchstbetragshypothek allein möglichen formlosen Uebertragung der Forderung die Hypothek mit auf den Erwerber über; denn die Wertpapierforderung hat im Gegensatz zu der einer gewöhnlichen Höchstbetragshypothek zugrunde liegenden Forderung von vornherein die Tendenz, den Besitzer zu wechseln. § 1187 S. 3 BGB. geht dem § 1190 Abs. 4 BGB. also vor, da im umgekehrten Falle eine dingliche Sicherung einer Inhaber- oder Orderforderung gemäß § 1190 BGB. überhaupt nutz- und sinnlos wäre. In Wirklichkeit besteht aber ein Bedürfnis für die Anwendung des § 1190 BGB. in dem Falle, daß die Höhe der Anleihe noch nicht feststeht und zugleich die Emission der Papiere durch die dingliche Sicherung gefördert werden soll. Schon früher wurde das Verfahren oft angewandt, eine Kautionshypothek zugunsten der als Emissionshaus und Treuhänder bestellten Bank einzutragen.

§ 12.
Die Umschreibung und Außerkurssetzung.

Die Umschreibung einer Wertpapierhypothek in eine Namenhypothek kann, da sie eine Aenderung des Inhaltes des dinglichen Rechtes ist, gemäß §§ 877, 873 BGB. nur durch Eintragung ins Grundbuch und Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger (an dessen Stelle der hierzu berechtigte Treuhänder treten kann) geschehen, aber nicht einseitig durch einen dieser Teile. Es ist dabei auf § 806 BGB. zu verweisen, aus dem hervorgeht, daß bei der Inhaberschuldverschreibung nur der mit dem Aussteller identische Eigentümer die Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten erwirken kann, und daß der Aussteller zur Umschreibung nicht verpflichtet ist. Doch bleiben gemäß Art. 101 BGB. unberührt die landesgesetzlichen[1]) Vorschriften, welche den Bundesstaat oder ihm angehörende Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes abweichend von der Vorschrift des § 806 S. 2 BGB. verpflichten, die von ihnen ausgestellten, auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen auf den Namen eines bestimmten Berechtigten umzuschreiben, sowie die landesgesetzlichen[2]) Vorschriften, welche die sich aus der Umschreibung einer solchen Schuldverschreibung ergebenden Rechtsverhältnisse, mit Einschluß der Kraftloserklärung, regeln.

Eine Außerkurssetzung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die sich von der Umschreibung dadurch unterscheidet, daß sie einseitig durch den Inhaber des Papiers oder eine Behörde (Vormundschaftsgericht usw.) erfolgte[3]), findet gemäß Art. 176 EG. z. BGB. nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr statt. Eine vorher erfolgte Außerkurssetzung verliert mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches ihre Wirkung.

---

[1]) Im einzelnen vgl. Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 12.

[2]) Ueber die einzelnen landesgesetzlichen Bestimmungen vgl. Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 12.

[3]) Vgl. Fuchs, §§ 1187 1189, Nr. 13.

§ 13.

Die Wertpapierhypothek als Eigentümerhypothek.

Auch die Bestimmungen über die Eigentümerhypothek finden bei der Wertpapierhypothek Anwendung, allerdings mit einigen Aenderungen, die sich aus der Natur der zugrunde liegenden Forderungen ergeben.

Bis zur Entstehung des Forderungsrechts gegen den Aussteller, also bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Inhaberpapier in den Verkehr gelangt oder das Orderpapier an einen vom Aussteller verschiedenen Remittenten oder Indossatar begeben ist, ist die Wertpapierhypothek, wie allgemein[1]) angenommen wird, eine Eigentümergrundschuld, und zwar gemäß § 1163 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 1177 Abs. 1 BGB. Denn durch die Ausstellung des Inhaber- bez. Orderpapiers wird nur ein Wertpapier geschaffen; ein Gläubigerrecht an der Forderung wie an der Hypothek entsteht erst, wenn die Urkunde in die Hand eines Dritten gelangt, wobei nur zu beachten ist, daß bei Inhaberpapieren der Aussteller gemäß § 794 BGB. auch dann verpflichtet wird, wenn die Schuldverschreibung ohne oder gegen seinen Willen in den Verkehr gelangt ist, während bei den Orderpapieren die Begebung an den ersten Berechtigten dazu kommen muß. Deshalb ist die Annahme Hachenburgs[2]), daß die Hypothek schon Gläubigerhypothek sei, wenn die Wertpapiere sich noch in der Hand des Eigentümers befinden, unrichtig. Daß die Hypothek in diesem Falle dem Eigentümer (gemäß § 1177 Abs. 1 BGB. als Grundschuld) zusteht, ist aber nicht[3]) auf Grund einer analogen Anwendung des § 1163 Abs. 2 BGB. anzunehmen, sondern ergibt sich aus § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB., denn die daselbst genannte Voraussetzung für die Entstehung der Eigentümerhypothek: „daß die Forderung nicht zur Entstehung

[1]) So u. a. Planck, § 1187, 5; Staudinger, § 1187, 4; Jacobi, § 61, S. 342, Anm. 2; Ritter, S. 193.

[2]) Vorträge, S. 606.

[3]) So auch Planck, § 1187, 5; vgl. Hachenburg, Vorträge, S. 606.

gelangt ist", schließt auch den Fall in sich, daß die Forderung „noch nicht" entstanden ist.

Auch die Bestimmung des § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB., daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt, wenn die Forderung erlischt — und zwar wiederum nach § 1177 Abs. 1 BGB. als Eigentümergrundschuld — findet Anwendung; jedoch tritt infolge der Natur der Forderung ein Erlöschen derselben nur dann ein, wenn der Aussteller das Papier vernichtet oder durch einen Vermerk außer Kraft setzt, sowie nach Ablauf der im § 801 BGB. vorgeschriebenen Frist. So geht eine Wechselforderung z. B. nicht dadurch unter, daß der Wechsel an den Aussteller oder Akzeptanten indossiert wird (WO. Art. 10 S. 2), und auch der Erwerb des Inhaberpapiers durch den Aussteller führt nicht das Erlöschen der Forderung herbei, da diese an den Bestand des Papiers geknüpft ist. Bei einer Vereinigung von Gläubiger und Eigentümerschuldner entsteht also keine Eigentümergrundschuld[1]); es bleibt eine Hypothek ganz besonderer Art, für die das Gesetz keine Bestimmung getroffen hat. Ihr Wesen besteht darin, daß sie, trotzdem sie dem Eigentümerschuldner zusteht, doch noch zur Befriedigung der bei Bestand gebliebenen Forderung bestimmt ist, und daß sie deshalb bei der Weiterbegebung der Wertpapiere mit übertragen wird. Sie steht am nächsten der Hypothek des Eigentümers nach § 1177 Abs. 2 BGB., doch ist diese Bestimmung hier nicht anwendbar[2]), da sie den Fall voraussetzt, daß der Eigentümer nicht auch der persönliche Schuldner ist[3]).

Da bei den großen Anleiheobligationen Schuldner und Eigentümer identisch zu sein pflegen, wird der Fall einer Vereinigung von Gläubiger und Eigentümer, der nicht Schuldner ist, nur bei einer Pfandbestellung für einen Wechsel vorkommen; dann gilt § 1177 Abs. 2 BGB. In diesem Falle kommt dann

---

[1]) So Staudinger, § 1187, 4; Planck, § 1187, 5; Fuchs, §§ 1187 bis 1189, Nr. 10; Böhm, S. 288; Hachenburg, Vorträge, S. 606 u. a.

[2]) Vgl. Hachenburg, Beiträge, S. 180.

[3]) Vgl. dazu Endemann, § 130, Anm. 22.

auch ebenso wie bei der Vereinigung von Gläubiger und Eigentümerschuldner die Bestimmung des § 1197 BGB. in Betracht, daß der Eigentümer als Gläubiger nicht gegen sich zum Zwecke seiner Befriedigung die Zwangsvollstreckung betreiben kann.

Bei einer dinglich gesicherten Wechselforderung ist auch der Fall einer Vereinigung von Gläubiger und Schuldner, der nicht Eigentümer ist, denkbar. Da jedoch auch hier die Forderung nicht erlischt, weil sie im Wertpapiere verkörpert ist, kommt § 1164 Abs. 2 BGB. nicht in Frage. Das Papier kann weiter übertragen werden, und auch in der Hand des die Forderung erwerbenden Schuldners ist die Hypothekenklage gegen den Eigentümer auf Grund der Forderung selbst, nicht erst auf Grund des Uebergangs der Hypothek infolge eines Ersatzanspruches gegen den Eigentümer oder einen Rechtsvorgänger des Eigentümers, statthaft[1]).

§ 14.

Die Einwendungen bei der Wertpapierhypothek.

I. Die Wertpapierhypothek ist eine Sicherungshypothek, und deshalb findet nach § 1185 Abs. 2 BGB. die Vorschrift des § 1138 BGB. keine Anwendung; es gelten für die Hypothek in Ansehung der dem Eigentümer nach § 1137 BGB. zustehenden Einreden nicht die Bestimmungen der §§ 891—899 BGB. über den gutgläubigen Erwerb. Gemäß § 1137 BGB. kann nämlich der Eigentümer gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen. Da nun aber die in den Wertpapieren verkörperten Forderungen originär erworben werden, so haben der persönliche Schuldner und mithin auch der Eigentümer von vornherein keine Einreden aus der Person des Vormanns des jetzigen Inhabers der Urkunde. Das Wesen der Wert-

[1]) Vgl. hierzu Hachenburg, Beiträge, S. 180.

papiere schließt also ein Prinzip des guten Glaubens schon in sich, und deshalb bedarf es der Vorschriften der §§ 891 bis 899 BGB. nicht.

Die Einwendungen, die sowohl bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber als auch beim Wechsel und bei anderen indossablen Papieren dem Schuldner zustehen, sind solche:

1. die die Gültigkeit der Ausstellung betreffen,
2. die sich aus der Urkunde ergeben,
3. die dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen;

so § 796 BGB; vgl. Art. 82 WO. und § 364 Abs. 2 HGB., die dem § 796 BGB. im Wortlaut ganz ähnlich sind, wobei Art. 82 WO. die Einwendungen unter 1. und 2. zusammenfassend als Einreden, die aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, bezeichnet.

1. Zu den Einwendungen, die die Gültigkeit der Ausstellung betreffen, gehört das Vorbringen, daß die Namensunterschrift des Ausstellers gefälscht, und daß der Aussteller zur Zeit der Ausstellung geschäftsunfähig gewesen sei. Bei den Inhaberpapieren kommt dazu noch die Einrede, daß die Urkunde ohne die staatliche Genehmigung in den Verkehr gebracht worden sei[1]), sowie bei den Orderpapieren die, daß das Papier ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt sei. Diese letzte Einrede besteht bei Inhaberpapieren nicht, da die Einreden sich gemäß der Kreationstheorie (§ 794 Abs. 1 BGB.) bei ihnen nur auf die Abgabe der Erklärung und nicht auch auf die Begebung des Papiers beziehen können; es kann also die Willensfähigkeit des Ausstellers bei Ausstellung der Urkunde bestritten werden, auch wenn die Begebung durch ihn im Zustande der geistigen Gesundheit erfolgt, während ein gültig ausgestelltes Inhaberpapier wirksam bleibt, auch wenn es im Zustande der Be-

[1]) Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 15, weist darauf hin, daß diesen Einwand nur der bloß dinglich haftende Eigentümer ohne weiteres hat, während dem Aussteller-Eigentümer die replicatio doli entgegen steht; §§ 795, Abs. 3, S. 2, 249 BGB.

wußtlosigkeit vom Aussteller begeben oder wenn es ihm gestohlen wird. Die Einwendungen des Irrtums, Betrugs, Zwangs können nicht vorgebracht werden, da sie mit dem Wesen der Wertpapiere unvereinbar sind[1]). Bei Forderungen aus Inhaberpapieren kommen diese Einwendungen übrigens schon deshalb nicht in Frage, weil jene durch streng einseitige, nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte entstehen, und deshalb die Vorschriften über Willensmängel, soweit sie einen Empfänger zur Voraussetzung haben, keine Anwendung finden können.

2. Unter den Einwendungen, die sich aus der Urkunde ergeben, sind zunächst solche zu nennen, deren Erhebung sich der Aussteller von vornherein in der Urkunde vorbehalten hat. Es können dies Fristen sein, Bedingungen und Voraussetzungen der Zahlung, eine Vereinbarung darüber, daß gewisse Rechte nicht vom Inhaber persönlich, sondern nur vom Treuhänder geltend gemacht werden können; auch aus der Angabe des Schuldgrundes in der Urkunde können Einwendungen abgeleitet werden. Weiterhin wird bei einem auf eine Urkunde nach § 44 Abs. 1 GBO. gesetzten Vermerke die sich aus Eintragung und Vermerk ergebende Einrede zu einer aus der Urkunde[2]). Dazu kommen privatschriftliche Quittungen, Stundungserklärungen usw. auf der einzelnen Urkunde.

Diese unter 1. und 2. aufgeführten Einwendungen berühren den objektiven Bestand der Schuldverbindlichkeit und bestehen deshalb gegen jeden Erwerber des Papiers. Im Gegensatze dazu stehen

3. die Einwendungen, die dem Aussteller nur unmittelbar gegen den jemaligen Kläger zustehen, wie Aufrechnung, Verzicht, Vergleich, Stundungs- und Nachlaßvertrag, rechtskräftiges Urteil usw. Hierbei ist zu beachten, daß die Unmittelbarkeit der Rechtsbeziehung nicht dadurch beseitigt wird, daß der

---

[1]) So Staub, HGB., Bd. 2, S. 1160, Anm. 6.

[2]) So Turnau-Förster, §§ 1187—1189, III., 4b; Biermann, § 1187, Nr. 4.

Kläger das Papier weiterbegeben hatte, sofern er nur zur Zeit der Klage im Besitze desselben ist[1]). Hierher gehört auch die nach § 793 Abs. 1 S. 1 BGB. begründete Einrede, daß der derzeitige Inhaber zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt sei; sie richtet sich gegen den Dieb, dessen Gehilfen und Hehler. Der Aussteller-Eigentümer, der den nicht Verfügungsberechtigten befriedigt, wird allerdings dem wirklichen Berechtigten gegenüber gemäß § 793 Abs. 1 S. 2 befreit, und er erwirbt nach § 797 S. 2 BGB. mit der Aushändigung das Eigentum an der Urkunde. Dagegen ist zu beachten, daß für den nur dinglich haftenden Eigentümer die §§ 793 Abs. 1 S. 2 und 797 S. 2 nicht gelten; er erlangt das Recht aus der Urkunde nur, wenn er im guten Glauben ist (§§ 932, 935 BGB.).

Einwendungen aus der Person des Rechtsvorgängers des klagenden Inhabers der Urkunde sind ausgeschlossen außer der exceptio doli. Es ist anerkannt, daß der Erwerber einer Verkehrshypothek gemäß §§ 1138, 1137, 892 BGB. dolos ist, wenn er von dem Bestehen eines Einrederechts des Schuldners gegen den persönlichen Anspruch des bisherigen Gläubigers Kenntnis hatte. Bei der Wertpapierhypothek ist das nicht anders. Das in den Bestimmungen über den originären Erwerb der Wertpapierforderung niedergelegte Prinzip des guten Glaubens entspricht in seiner Bedeutung durchaus den §§ 891 ff., d. h. die Beschränkung des Einrederechts des Schuldners soll lediglich der Sicherheit des gutgläubigen Erwerbers der Verkehrshypothek bez. der Wertpapierforderung dienen. Deshalb ist die Annahme[2]), daß die exceptio doli nur dann gegen den Inhaber des Papiers zustehe, wenn dieser die Forderung erworben habe, um dem Schuldner die Einrede gegen den Rechtsvorgänger abzuschneiden, zurückzuweisen,

---

[1]) Vgl. Turnau-Förster, §§ 1187—1189, III., 4c.

[2]) So Hachenburg, Vorträge, S. 603 ff.; Biermann, § 1187, Nr. 4; Turnau-Förster, §§ 1187—1189, III., 4c; wie oben Staudinger, § 1187, 3c, S. 883; Jacobi, § 61, Anm. 3.

denn es würde dadurch nur der Unlauterkeit im Verkehre Vorschub geleistet werden.

4. Nach § 1137 BGB. kann der Eigentümer gegen die Hypothek weiterhin die nach § 770 BGB. einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen, d. h. er kann Befriedigung des Gläubigers verweigern, so lange dem persönlichen Schuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, und so lange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners befriedigen kann.

5. Ferner sind noch Einwendungen aus einem persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Eigentümer möglich, so, wenn der Gläubiger sich dem Eigentümer verpflichtet hat, die Hypothek überhaupt nicht oder während einer bestimmten Frist nicht geltend zu machen.

II. Allen diesen unter I aufgeführten Einwendungen stehen solche gegenüber, die sich gegen die Hypothek richten. Es sind dies

1. solche, mit denen die Existenz des dinglichen Anspruchs bestritten, also geltend gemacht wird, daß er nie bestanden habe, oder daß er später erloschen sei. Unbestritten ist, daß eine Hypothek nach § 892 BGB. zustande kommt, wenn der als Eigentümer eingetragene Nichteigentümer sie bewilligt und der erste Erwerber des Papiers gutgläubig ist; andererseits ist es unzweifelhaft, daß § 892 BGB. nicht bei einem Willensmangel des Eigentümers Anwendung findet, daß also der erste Nehmer des Papiers selbst bei gutem Glauben die Hypothek nicht erlangt, wenn der Eigentümer bei der Eintragungsbewilligung geschäftsunfähig war[1]). Bestritten ist dagegen bei der Orderschuldhypothek, ob die späteren gutgläubigen Erwerber die Hypothek erwerben oder nicht, wenn der erste Gläubiger bei der Bestellung wußte[2]), daß der als Eigentümer eingetragene Besteller der Hypothek nicht der

[1]) Den § 892 BGB. wendet in diesem Falle fälschlicherweise Böhm, S. 287, an; gegen ihn siehe Jacobi, § 61, Anm. 4.

[2]) Für Verneinung Hachenburg, Vorträge, S. 605; für Bejahung Planck, § 1187, 4c; Fuchs, §§ 1187 - 1189, Nr. 16.

wahre Eigentümer sei, sowie wenn der Besteller geschäftsunfähig war und der erste Gläubiger das nicht[1]) wußte oder es sogar wußte[2]). Diejenigen, welche den Erwerb der Hypothek durch spätere gutgläubige Erwerber in diesen drei Fällen verneinen, gehen im wesentlichen von dem Gedanken aus, daß die späteren Gläubiger, da sie selbst nicht ins Grundbuch eingetragen werden, die Hypothek wie der erste eingetragene Gläubiger erwürben, d. h. daß auch ihnen sämtlich vom Eigentümer der Einwand des Nichtentstehens der Hypothek entgegengesetzt werden könne. Demgegenüber wird mit Recht ausgeführt, daß derjenige, welcher von einem eingetragenen Gläubiger ohne Kenntnis des Mangels seines Rechtes gutgläubig erwirbt, sich auf die Richtigkeit des Grundbuches hinsichtlich des Bestehens der Hypothek auch dann berufen kann, wenn er selbst nicht im Grundbuch eingetragen ist. Die Voraussetzung ist dabei aber immer, daß die Forderung gültig entstanden ist, denn § 1138 BGB. gilt nicht, da die Wertpapierhypothek eine Sicherungshypothek ist. Bei der Inhaberschuldhypothek erlangt ein späterer gutgläubiger Erwerber das Papier ebenfalls aus den Gründen, die für das Entstehen der Orderschuldhypothek in der Person des späteren gutgläubigen Erwerbers angeführt wurden. Hachenburg kommt zu demselben Ergebnis mit der Begründung, daß bei der Inhaberschuldhypothek ein Gläubiger überhaupt nicht eingetragen werde, und es deshalb an einem solchen fehle, dessen Kenntnis von dem materiellen Rechte dem Entstehen der Hypothek hinderlich wäre[3]).

Dem Eigentümer steht weiterhin die Einwendung zu, daß die Hypothek später erloschen sei. Wie ausgeführt wurde,

[1]) Für Verneinung Hachenburg, Vorträge, S. 605; für Bejahung Staudinger, § 1187, 3c; Jacobi, § 61, S. 342; Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 16; Böhm, S. 287 (vgl. Anm. 1 auf S. 46) u. a.

[2]) Für Verneinung Hachenburg, Vorträge, S. 605; Böhm, S. 287; für Bejahung Staudinger, § 1187, 3c; Jacobi, § 61, S. 342; Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 16, u. a.

[3]) Vorträge, S. 605.

vollzieht sich der Erwerb von Forderung und Hypothek außerhalb des Grundbuches. Gegen die Einwendungen des Eigentümers, soweit sie den dinglichen Bestand der Hypothek betreffen, ist der Erwerber jedoch auf Grund des Inhaltes des Papiers allein nicht voll geschützt, da ja auf dieses gemäß § 44 Abs. 1 GBO. nur dann ein mit dem Grundbuch übereinstimmender Vermerk gebracht wird, wenn ein Einzelgläubiger selbst eine Aenderung bez. der Hypothek vornehmen läßt, nicht aber auch dann, wenn dies durch den Treuhänder geschieht (§ 44 Abs. 2 GBO.). Der Erwerber muß also das Grundbuch einsehen, um sich darüber zu vergewissern, ob auch der Treuhänder Verfügungen über die Hypothek, die er ja anerkennen muß, getroffen hat. Mithin ist der Erwerber dann nicht gutgläubig, wenn er im Vertrauen auf den Inhalt der Urkunde es unterläßt, das Grundbuch einzusehen, und darin Eintragungen vorgenommen worden sind, die den Bestand der Hypothek im Verhältnis zu dem Inhalte des Papiers verändert haben. Dadurch, daß im letzten Grunde für die Hypothek der Inhalt des Grundbuches maßgeblich wird, wird aber das Prinzip der Sicherungshypothek, daß sich das Recht des Gläubigers aus der Hypothek nur nach der Forderung bestimmt, durchbrochen. Es ist übrigens zu beachten[1]), daß es immer auf den guten Glauben des Gläubigers, nicht des Treuhänders, ankommt, da dieser nur Vertreter des Gläubigers ist. Gegen diesen besteht mithin keine Einwendung, wenn nur jener von der Unrichtigkeit des Grundbuches Kenntnis hatte.

2. Bei den Beratungen der zweiten Kommission wollte man ursprünglich auch die Einwendungen des Eigentümers gegen den Anspruch aus der Hypothek nur nach Maßgabe des § 725 E. II (des jetzigen § 796 BGB.) zulassen; doch wurden die diesbezüglichen Bestimmungen später wieder gestrichen (P. 667, 672, 676[2]]). Es gelten deshalb die all-

[1]) Vgl. dazu Hachenburg, Beiträge, S. 179.
[2]) Vgl. auch Denkschrift zum BGB., S. 227.

gemeinen Grundsätze des § 1157 BGB., daß eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden kann. Allerdings gelten die Vorschriften der §§ 892, 894 ff. BGB. auch für diese Einrede; andererseits muß, wie ausgeführt, der Erwerber aber eine aus dem Grundbuche ersichtliche Einrede gegen sich gelten lassen. Bestritten ist nur, ob der Eigentümer auch eine (sich nicht aus dem Grundbuche ergebende) Einrede vorbringen kann, wenn der Erwerber sie kennt. Die einen[1]) verneinen dies mit Begründung, daß Einreden aus der Person des Rechtsvorgängers infolge der rechtlichen Natur dieser Wertpapiere dem Inhaber des Inhaberpapiers und dem legitimierten Gläubiger des Orderpapiers überhaupt nicht entgegengehalten werden können und es keinen Unterschied mache, ob sie das Forderungsrecht oder das dingliche Recht betreffen; sie nehmen zugleich auch an, daß die exceptio doli nur gegen denjenigen besteht, welcher die Forderung erwirbt, um eine Einrede dem Schuldner abzuschneiden (vgl. S. 45, Anm. 2). Im Gegensatz dazu wollen andere[2]) die Einwendung aus § 1157 BGB. dem infolge Kenntnis schlechtgläubigen Erwerber der Hypothek gegenüber geben in der Erwägung, daß, wenn sich der Erwerber eine Einrede gefallen lassen muß, die sich aus dem Grundbuche ergibt, ihm auch eine Einrede entgegensteht, die er beim Erwerbe des Papiers gekannt hat. Dieser Ansicht ist beizutreten, denn die Buchung will auch nur kenntnisvermittelnd wirken.

[1]) So Turnau-Förster, §§ 1187—1189, III., 4d; Hachenburg, Vorträge, S. 605.

[2]) So Staudinger, § 1187, 3c; Planck, § 1187, 4; Biermann, § 1187, 4; Fuchs, §§ 1187 1189, Nr. 16.

§ 15.

Die Ausschließung des Gläubigers im Aufgebotsverfahren.

Eine Ausschließung des unbekannten Gläubigers gemäß § 1170 BGB. im Wege des Aufgebotsverfahrens wird meist deshalb nicht in Frage kommen, weil ein Treuhänder vorhanden sein wird; fehlt ein solcher und bestehen auch nicht Vereinbarungen darüber, daß der Eigentümer befugt sein soll, die Löschung der Hypothek zu beantragen, falls die Schuldverschreibung nicht binnen einer bestimmten Zeit zur Einlösung vorgelegt wird, dann findet das Aufgebotsverfahren Anwendung. Das Ausschlußurteil darf aber hier erst erlassen werden, wenn 30 Jahre (§§ 1188 Abs. 2, 801 BGB.) seit dem Eintritt der für die Leistung bestimmten Zeit verflossen sind, ohne daß die Urkunde dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt worden ist. Ist innerhalb der Frist die Schuldverschreibung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht worden, so kann die Ausschließung erst erfolgen, wenn die Verjährung eingetreten ist, d. h. erst nach 2 Jahren (§ 801 BGB.).

C. Der Treuhänder.

§ 16.

Allgemeines.

Der Treuhänder ist ein altgermanisches Institut; er ist in seiner ursprünglichen Gestalt aus dem provasallus, dem Saalmann, hervorgegangen und erscheint, nachdem er verschiedene Wandlungen durchgemacht hat, heute besonders auch im englischen und amerikanischen Rechte als trustee[1]). Er hat sich mit der Einführung einer dinglichen Sicherung für Inhaber- und Orderschuldverschreibungen weiter entwickelt[2]); das

[1]) Ueber das sonstige ausländische Recht vgl. Wittkamp, § 3.

[2]) Vgl. oben § 2, sowie Wittkamp, § 2, S. 8 ff.; Heilbrunn S. 89 ff.

bayrische Gesetz vom 18. März 1896 insbesondere, das sich in vielen Beziehungen an den zweiten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs angelehnt hat, enthält im Art. 21 eine dem § 1189 BGB. entsprechende Bestimmung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht im § 1189 BGB. allgemein von einem Vertreter; es nennt ihn nicht „Treuhänder". Diese Bezeichnung wird in den Protokollen der zweiten Kommission oft gebraucht. Sie findet sich auch im SchVG. und im Hypothekenbankgesetz, wenn auch die dortigen Vertreter einen anderen Charakter haben. Wenn somit auch zugegeben werden muß, daß der Begriff des Treuhänders kein auf eine bestimmte Vertreterart begrenzter Begriff ist, so ist doch nicht einzusehen[1]), warum der Vertreter des § 1189 BGB. nicht auch als Treuhänder bezeichnet werden könne. Denn dadurch wird nur seine Vertrauens- und Vertreterstellung allgemein gekennzeichnet. Wird von ihm hier im Gegensatz zum Vertreter des SchVG., dem sogenannten Gläubigervertreter, und zum sogenannten Vertragsvertreter gesprochen werden (vgl. unten § 17), so wird er als Grundbuchvertreter bezeichnet und dadurch am besten das Hauptfeld seiner Tätigkeit hervorgehoben werden.

Die Gründe für die Einführung des Vertreters nach § 1189 BGB. sind folgende: Die Wertpapierforderung wie die mit ihr verbundene Hypothek geht ohne Eintragung ins Grundbuch von einer Hand in die andere. Die Gläubiger wechseln ständig; sie kennen sich untereinander nicht und brauchen deshalb einen Vermittler, der ihre Interessen vor dem Grundbuchamt und vor Gericht dem Eigentümer gegenüber vertritt. Ein Vertreter der Gläubiger wird aber auch für den Eigentümer nötig, denn auch dieser kennt die Gläubiger meistens gar nicht und muß deshalb bei plötzlich erforderlich werdenden Veränderungen bez. der Hypothek eine Person haben, an die er sich halten kann. Wer (vgl. § 9, S. 35, Anm. 1 und 3) dazu noch annimmt, daß die einzelnen Gläubiger sich bei

[1]) Dagegen u. a. Wittkamp, § 1, S. 2.

späteren Eintragungen bei der Hypothek gemäß § 29 GBO. legitimieren müssen, der hat noch einen weiteren Grund für die Einführung des Treuhänders. Ein solcher wird deshalb bei einer Ausgabe von Teilschuldverschreibungen, die hypothekarisch gesichert werden sollen, fast immer vorhanden sein. Es bliebe sonst, wenn z. B. der Eigentümer die Löschung der Hypothek herbeiführen will, nur das sehr langwierige Aufgebotsverfahren übrig[1]), denn sowohl das SchVG. kann nicht helfen, da es bestimmt, daß die Gläubigerversammlung oder ihr Vertreter auf Kapitalansprüche nicht verzichten dürfen, und auch § 1913 BGB. ist nicht anwendbar, da nach dieser Bestimmung nur im Interesse des unbekannten Beteiligten, nicht auch seines Gegners, ein Pfleger bestellt werden kann[2]).

---

§ 17.

Das Verhältnis des Treuhänders des § 1189 BGB. zu ähnlichen anderen Rechtserscheinungen.

§ 1189 BGB. sagt, daß der Treuhänder (Grundbuchvertreter) Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten hat. Unter Hypothek kann nur das dingliche Recht am Grundstücke verstanden werden, sie begreift nicht auch das persönliche Forderungsrecht in sich. Mithin erstrecken sich die Befugnisse des Treuhänders nicht auf die persönliche Forderung; sie bewegen sich lediglich auf dem Boden des Sachenrechts. In gleicher Weise erfolgt auch die Bestellung des Treuhänders nach sachenrechtlichen Grundsätzen; doch wird meist ein schuldrechtlicher Vertrag die Grundlage bilden. Seine Rechtsstellung ist eine Vertretung aus eigenem Rechte (vgl. unten § 18).

Neben dem Grundbuchvertreter ist der sogenannte Vertragsvertreter[3]) zu nennen, dessen Bestellung gemäß § 16

---

[1]) Vgl. Jacobi, § 61, S. 346.

[2]) So Jacobi, § 61, Anm. 3; dagegen Ritter, S. 192.

[3]) Vgl. Wittkamp, § 10, S. 31.

Abs. 1 SchVG. „auf Grund einer bei Ausgabe der Schuldverschreibungen in verbindlicher Weise getroffenen Festsetzung erfolgt". Es besteht zwar die Ansicht, daß er nur berufen werden könne, wenn kein Grundbuchvertreter vorhanden ist. Diese Ansicht ist jedoch nicht begründet[1]). Vielmehr stellen seine Befugnisse gerade eine wichtige Ergänzung zu denen des Grundbuchvertreters dar, insofern als seine Tätigkeit sich auf die Forderung richtet. Man kommt dabei zu dem noch öfter zu berührenden, sehr wichtigen Ergebnis, daß der Grundbuchvertreter, soweit er auch Vertragsvertreter ist, über Hypothek und Forderungsrecht verfügen kann.

Im Gegensatz zu den beiden genannten Vertreterarten steht der nach §§ 1 Abs. 2, 14 ff. SchVG. von der Gläubigerversammlung gewählte Vertreter (meist sogenannte Gläubigervertreter[2]). Er ist Organ des Mehrheitsverbandes der Gläubiger und hat deshalb im wesentlichen andere Funktionen als der Grundbuchs- und Vertragsvertreter. Insbesondere ist er nicht ermächtigt, in die Befugnisse und Verpflichtungen des gemäß § 1189 BGB. bestellten Grundbuchvertreters (sowie auch des Vertragsvertreters) einzugreifen (§ 16 Abs. 1 SchVG.); er kann aber damit beauftragt sein, den Grundbuchvertreter in geeigneter Weise zu überwachen und ihn zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten.

Völlig verschieden ist der Treuhänder aus § 1189 BGB. von dem Treuhänder des Hypothekenbankgesetzes, der nicht Vertreter der Gläubiger, sondern nur Beauftragter der Aufsichtsbehörde ist[3]).

---

[1]) So Wittkamp, § 10, S. 31; dagegen Könige, § 16, Anm. 5 und 6, S. 73.

[2]) So u. a. Wittkamp, § 6, S. 20.

[3]) So Planck, § 1189, 8; anders Staudinger, § 1189, VII.; Schultze in Iherings Jahrbüchern, Bd. 43, S. 96 ff.; Merzbacher in Bank-Archiv, 5. Jahrg., Nr. 24, und Kohler daselbst, Nr. 10.

§ 18.

Die rechtliche Natur des Treuhandverhältnisses.

Die Feststellung der juristischen Natur des Treuhänders, insbesondere der Frage, ob er mit dem Wesen irgendeiner anderen durch das Bürgerliche Gesetzbuch geregelten Rechtserscheinung vereinbar sei, hat eine bedeutende Literatur hervorgerufen. Eine genaue Darstellung der verschiedenen Ansichten kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht erfolgen. Eine Zusammenstellung der Hauptergebnisse der einzelnen Schriftsteller gibt Wittkamp[1]).

Der Treuhänder ist jedenfalls nicht selbst Gläubiger, weder in dem Sinne, daß er ein Gläubigervollrecht mit obligatorischen Rückgewährungspflichten, wie z. B. der Wechselinkassomandatar, hat, noch daß ihm ein eigenes begrenztes Recht an der Hypothekenforderung zusteht, wie Schultze[2]) unter Hinweis auf das altgermanische Institut des Treuhänders annimmt. Gläubiger sind vielmehr die Inhaber der einzelnen Wertpapiere; der Treuhänder ist deren Vertreter, wie § 1189 BGB. ausdrücklich sagt.

Bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Prot. III, S. 675) hieß es, der Treuhänder sei im wesentlichen als Beauftragter des Eigentümers anzusehen, derselbe fungiere aber gleichzeitig als Vertreter der Inhaber der einzelnen Schuldverschreibungen. In dieser Ausführung der zweiten Kommission wird der für die Beurteilung der rechtlichen Natur des Treuhandverhältnisses sehr wichtige Unterschied zwischen dem das Innenverhältnis der Beteiligten (Vertreter, Eigentümer, Schuldner, Gläubiger, Emissionshaus) regelnden Schuldvertrage und den Wirkungen der Vertreterstellung nach außen nicht genügend hervorgehoben. Das Innenverhältnis kann[3]) auf verschiedenster Grundlage beruhen, so auf Auftrag,

---

[1]) § 17, S. 69 ff.

[2]) In Iherings Jahrbüchern, Bd. 43, S. 1 ff.; ebenso Stern, § 9.

[3]) Vgl. u. a. Wittkamp, § 16, S. 64 ff.; besonders auch das Beispiel auf S. 65.

Gesellschaftsvertrag, Darlehnsvertrag usw. Ein solcher schuldrechtlicher Vertrag ist aber nur so lange wirksam, als eine Eintragung des Treuhänders ins Grundbuch noch nicht stattgefunden hat. So ist z. B. ein Treuhänder bis zu diesem Zeitpunkt bei dem Zugrundeliegen eines Auftrags jederzeit durch freien Widerruf absetzbar, später jedoch nicht mehr, weil die durch die Eintragung ins Grundbuch erfolgende Regelung der Stellung des Treuhänders nach außen die Wirkung des Innenverhältnisses zurückdrängt. Die äußere Seite der Vertreterstellung kann aber, auch abgesehen von der nicht mehr vorhandenen freien Widerruflichkeit, nicht als ein Auftragsverhältnis angesehen werden. Ein Auftrag seitens des Eigentümers, wie die zweite Kommission annahm, liegt nicht vor, da der Vertreter nicht von dessen Willen abhängig ist, und da aus einem Auftrag des Eigentümers nicht eine Vollmacht für die Gläubiger folgen kann; die Bestimmung besonders, daß der Vertreter, die Rechte der Gläubiger sogar gegen den Eigentümer durchführen soll, steht dem Mandatsbegriff völlig entgegen. Andererseits ist aber auch die Annahme abzulehnen, daß er ein Beauftragter der Gläubiger sei, denn er hat ja auch die Interessen des Eigentümers wahrzunehmen und wird ohne Wissen des ersten Erwerbers des Inhaberhypothekenscheines eingetragen. Die Annahme der Kommission, daß letzterer dem Vertreter beim Erwerbe stillschweigend Vollmacht gebe, ist lediglich eine Fiktion einer nicht vorhandenen Willenserklärung; eine solche ist aber nicht geeignet, die rechtliche Natur des Treuhänders zu erklären.

Der Treuhänder ist auch nicht Organ einer Personengemeinschaft analog dem Vorstande einer Aktiengesellschaft, denn die einzelnen Gläubiger sind von Anfang an handlungsfähig und werden es nicht erst durch den Treuhänder als ihren Willensvertreter.

Er ist Vertreter, also befugt, rechtswirksam für die jeweiligen Gläubiger zu handeln. Er ist aber nicht gesetzlicher [1]) Vertreter. Denn weder ist seine Bestellung obliga-

[1]) Fuchs, §§ 1187–1189, Nr. 21.

torisch, noch erfolgt seine Berufung durch das Gesetz; auch ist der Umfang seiner Rechte und Pflichten nicht gesetzlich geregelt. Eine gesetzliche Vertretung, wie sie der Vormund, Pfleger, Konkursverwalter, Zwangsverwalter ausüben, liegt auch nicht vor. Denn die Gläubiger behalten volle Geschäftsfähigkeit. Sie verlieren auch ihre Verfügungsfähigkeit nicht, wie die Erben durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers (§§ 2211 ff. BGB.), oder die Obligationäre durch einen gemäß § 14 Abs. 2 SchVG. gefaßten Beschluß. Die Rechtsstellung des Treuhänders entspricht zwar in vielen Einzelheiten diesen anderen Rechtserscheinungen, insgesamt ist jedoch sein Wesen ihnen allen unähnlich.

Die juristische Natur des Treuhandverhältnisses ist völlig eigenartig, und zwar deshalb, weil es überhaupt nicht obligationenrechtlicher, sondern dinglicher Art ist. Nicht durch eine Bevollmächtigung seitens des Eigentümers oder der Gläubiger im Sinne des § 164 ff BGB., sondern durch die Hypothekenbestellung und die Eintragung des Treuhänders ins Grundbuch werden dessen Befugnisse dinglich geregelt. So erlangt der Treuhänder ein eigenes, zu dem Inhalt der Hypothek gehöriges Recht auf Vertretung der jeweiligen Gläubiger im eigenen Namen, das durch die Verpflichtung gekennzeichnet wird, auch die Interessen des Eigentümers wahrzunehmen. Es ist dabei besonders darauf hinzuweisen, daß es ausgeschlossen ist, daß der Treuhänder auch im Namen des Eigentümers rechtsgeschäftliche Willenserklärungen abgibt; er ist nur Vertreter der Gläubiger.

---

§ 19.

Die Person des Treuhänders.

Ueber die Person des Treuhänders und über die von ihm zu fordernden Eigenschaften bestimmt das Gesetz nichts; es gelten nicht die für Vormünder, Pfleger, Testamentsvollstrecker getroffenen Bestimmungen der §§ 1780 ff., 1915,

2201 BGB. Natürlich soll nur eine Person bestellt werden, die auf Grund persönlicher und vermögensrechtlicher Verhältnisse vertrauenswürdig ist, so besonders Aktiengesellschaften oder Bankfirmen. Meist ist die die Emission der Anleihe bewirkende Bank zugleich Treuhänder, da dies besonders dem Interesse der Erwerber der Schuldverschreibungen entspricht, oft auch die Treuhandbank zu Berlin. Es kann aber auch eine Einzelperson sein, so einer der mehreren Gläubiger, der Gläubigervertreter (vgl. oben § 17), der Treuhänder des Hypothekenbankgesetzes, oder eine Mehrheit von Einzelpersonen oder sonst eine juristische Person; nicht aber eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, da sie keine eigene Rechtspersönlichkeit hat. Auch eine offene Handelsgesellschaft kann bestellt werden[1]).

§ 20.

Die Bestellung des Treuhänders.

Die Voraussetzung der Bestellung des Treuhänders ist nach § 1189 BGB. das Vorhandensein einer Hypothek im Sinne des § 1187 BGB.; es ist wesentlich, daß die Forderung aus dem Papiere selbst hypothekarisch eingetragen ist, daß also die Gläubiger ein unmittelbares Hypothekenrecht an dem Grundstücke haben. Gleichgültig ist dabei, ob nur ein Gläubiger vorhanden ist, oder ob mehrere da sind, und ob Teilschuldverschreibungen gebildet sind oder nicht. § 1189 BGB. findet auch Anwendung, wenn die Wertpapierhypothek als Höchstbetragshypothek bestellt ist[2]). Auch auf das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe finden die Vorschriften des § 1189 BGB. Anwendung, wenn eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf dem Inhaber, aus einem Wechsel oder einem anderen indossablen Papiere zugrunde

[1]) Dies bezweifelt Endemann, § 130, Anm. 36.

[2]) Vgl. Staudinger, § 1189, S. 885; Kammergericht in Entsch. FG. Bd. 6, S. 162, und Jahrb. Bd. 30, S. 284.

liegt; auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber haben außerdem auch die Vorschriften des § 1188 BGB. entsprechende Geltung (§§ 1270, 1259 BGB.).

Die Bestellung des Treuhänders erfolgt nach den Grundsätzen über die Bestellung der Hypothek (§§ 873, 877, 878, 1188 Abs. 1 BGB). Sie erfordert mithin, wenn sie, wie es meistens der Fall sein wird, sich bei Begründung der Hypothek vollzieht, bei der Orderschuldhypothek die dingliche Einigung zwischen dem Eigentümer und dem ersten Gläubiger, während bei der Inhaberschuldhypothek die einseitige Bestellungserklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte genügt. Anderer Ansicht ist hier Cosack[1]), der in diesem Falle einen dinglichen Vertrag zwischen Eigentümer und Vertreter fordert. Das ist nicht richtig. Der Treuhänder hat sowohl bei der Inhaberschuld- wie bei der Orderschuldhypothek an der Einigung nicht mitzuwirken, denn es bedarf zur Begründung einer Vollmacht nicht der Annahme des Bevollmächtigten. Erfolgt die Bestellung des Treuhänders aber später, dann ist auch bei der Inhaberschuldhypothek die dingliche Einigung zwischen dem Eigentümer und sämtlichen Gläubigern, an deren Stelle ein gemäß §§ 1, 14 SchVG. von der Gläubigerversammluug bestellter Vertreter treten kann, notwendig. Wenn ein solcher Vertreter nicht vorhanden ist, so wird die Zustimmung sämtlicher Gläubiger meist sehr schwer zu erlangen und es deshalb von Wert sein, schon von Anfang an für den Wegfall des Treuhänders einen Nachfolger zu bestimmen oder eine erleichterte Art der Wahl des Nachfolgers festzusetzen, etwa durch Ernennung seitens des Gerichts, oder auch seitens des wegfallenden Treuhänders bez. des Eigentümers oder einer bestimmten Anzahl der Gläubiger, was allerdings bedenklich sein kann. Immerhin wird der Wegfall des Treuhänders, da dieser meist ein Bankhaus sein wird, nur bei Konkurs oder Liquidation desselben eintreten.

[1]) SR. (II. Bd.), § 266, I., 3a.

Zur Verlautbarung der Bestellung des Treuhänders bedarf es außer der Bekundung, daß ein Vertreter bestellt wird, der Angabe des Namens dieses Vertreters und, da darüber gesetzlich nichts bestimmt ist (vgl. unten § 22), der Angabe des Umfanges seiner Befugnisse. Bestritten ist, ob nur in letzterer Hinsicht eine Bezugnahme auf die Eintragsbewilligung (entsprechend dem § 874 BGB.) möglich ist[1]), oder ob sie auch für die Angabe des Namens und der Bestellung genügt[2]). Die erstere Ansicht ergibt sich weder aus § 1189 BGB. noch aus §§ 874, 1115 BGB., und die letztere geht zu weit, denn aus dem Grundbuche selbst muß sich die Bestellung eines Vertreters ergeben, man kann nicht sagen, daß dadurch im Sinne des § 874 BGB. der Inhalt der Hypothek nur näher bezeichnet wird. Deshalb ist anzunehmen, daß die Tatsache der Bestellung eines Vertreters, aber nur diese, im Grundbuche selbst eingetragen sein muß, und daß in allen übrigen Beziehungen eine Verweisung auf die Eintragsbewilligung genügt.

Eine gesetzliche Pflicht zur Uebernahme der Vertretung besteht nicht, wenn sie nicht aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse folgt. Ist eine Person als Vertreter ins Grundbuch eingetragen, so wird das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs wirksam; es wird zugunsten der Gläubiger und des Eigentümers (nicht auch des Treuhänders selbst, denn für ihn ist kein Recht eingetragen) nach § 891 BGB. vermutet, daß seine Vertretungsmacht besteht.

Die Frage, ob der Treuhänder den Eintragungsakt zu überwachen hat, kann ohne weiteres wohl weder bejaht[3]) noch verneint werden. Sicher ist nur, daß ihm vor seiner Eintragung noch keine dinglich begründete Vertretungsmacht zusteht. Deshalb wird die Beantwortung der Frage lediglich

---

[1]) So Planck, § 1189, 5; Achilles-Strecker, GBO., S. 245; Endemann, § 130, Anm. 35.

[2]) So Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 26.

[3]) So Staudinger, § 1189, IV., 2a.

von dem Inhalte des seiner Bestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses abhängen[1]).

Von einer erfolgten Eintragung ist dem Treuhänder im Sinne des § 55 GBO. durch das Grundbuchamt Kenntnis zu geben.

Der § 1189 BGB. sagt: Bei einer Hypothek der im § 1187 BGB. bezeichneten Art kann . . . . ein Vertreter bestellt werden; seine Einsetzung ist also nicht obligatorisch, sondern bleibt dem Belieben der Parteien überlassen. Sie wird jedoch aus den oben im § 16 angeführten Gründen, wenn Teilschuldverschreibungen ausgegeben sind, sehr selten fehlen. Man hat bei der Beratung der Kommission den Vorschlag gemacht, durch die Grundbuchordnung die Eintragung der Wertpapierhypothek von der Bestellung eines Treuhänders abhängig zu machen; doch wurde dieser Antrag als unnötig abgelehnt. Ein indirekter Zwang zur Bestellung eines Treuhänders findet aber insofern statt, als man die Möglichkeit der Löschung der Hypothek vor dem Erlassen des Ausschlußurteils gegen öffentliche Hinterlegung des fälligen Schuldbetrags abgelehnt[2]) hat. Auch kann die Erteilung der staatlichen Genehmigung zur Inverkehrsetzung von Inhaberpapieren von der Bestellung eines Vertreters abhängig gemacht werden, wie das in Baden durch Gesetz vom 12. April 1892 geschehen ist[3]).

§ 21.

Die Rechtsstellung der Gläubiger und des Treuhänders im Verhältnis zueinander.

Wie schon verschiedentlich betont worden ist, werden die Rechte der Gläubiger durch die Bestellung des Treuhänders nicht beschränkt. Die Gläubiger können vor dem Grundbuchamte tätig werden und sind dann gemäß § 44 GBO.

[1]) Aehnlich wie hier Hachenburg, Beiträge, S. 159 ff.
[2]) P. III., S. 673 ff.; vgl. Hachenburg, Beiträge, S. 155.
[3]) Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 24.

durch den Besitz des Papiers genügend legitimiert; es bedarf nicht des Nachweises nach § 29 GBO. (vgl. oben § 9 II). Sie können auch allein oder mit dem Treuhänder zusammen klagen und die Zwangsvollstreckung betreiben; daß es hierzu weder der Eintragung noch einer fortlaufenden Kette von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen bedarf, ist allgemein anerkannt; auch § 1160 BGB. kommt deshalb nicht in Betracht, da er nur für die Briefhypothek gilt. Es ist unter Umständen auch denkbar, daß die Gläubiger gegen ihren grundbuchmäßigen Vertreter klagen, indem sie sich hierzu in der Gläubigerversammlung einen Vertreter bestellen [1]). Die Einräumung der ausschließlichen Verfügungsbefugnis an den Treuhänder durch Rechtsgeschäft ist nach § 137 BGB. unzulässig [2]). Sie ist nur möglich auf Grund gesetzlicher Bestimmung, wie sie der § 14 Abs. 2 SchVG. gibt. Ein von der zweiten Kommission [3]) gestellter Antrag, durch eine gesetzliche Bestimmung den Ausschluß des Verfügungsrechts der Gläubiger allgemein möglich zu machen, wurde abgelehnt.

Der Treuhänder ist Vertreter der jeweiligen Gläubiger. Das bedeutet, daß jeder nachfolgende Gläubiger für seine Person die Verfügungen, die der Treuhänder im Rahmen seiner Befugnisse getroffen hat, für und gegen sich gelten lassen muß. Wenn also der Treuhänder tätig wird, so handelt er auf Grund seiner selbständigen, dinglich begründeten Befugnisse als Vertreter sämtlicher zur Zeit bestehender und später eintretender Gläubiger, oft ohne deren Wissen, ja eventuell sogar gegen deren Willen. Wenn der Treuhänder außerdem auf Grund der Bestimmung des § 1189 Abs. 2 BGB.: „Ist der Eigentümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter

[1]) Vgl. Jacobi, § 61, S. 346; Rießer in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 47, S. 62 ff.

[2]) Vgl. Predari, § 43, S. 591; vgl. dazu Oberneck II, § 159, S. 429; anders Biermann, § 1189, 4.

[3]) P. III, S. 676.

verlangen", sogar verpflichtet ist, die Interessen des Eigentümers, und zwar gegebenenfalls gegen den Willen der Gläubiger, zu vertreten, so zeigt sich dabei auf das deutlichste seine Stellung über den Parteien.

---

§ 22.

Das Recht des Vertreters zu Verfügungen und zur Geltendmachung der Hypothek.

Gemäß § 1189 BGB. wird der Vertreter mit der Befugnis bestellt, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Mit dieser Bestimmung soll aber keine gesetzliche Regelung des Umfanges der Rechte des Treuhänders gegeben sein, sondern lediglich ein allgemeiner Rahmen, innerhalb dessen die Befugnisse von den Parteien beliebig bestimmt werden können. Daher ist es möglich, einem Treuhänder lediglich das Recht zu Verfügungen zu erteilen und die Geltendmachung der Hypothek den Gläubigern selbst vorzubehalten oder auch umgekehrt; man muß dies deshalb annehmen, weil ja seine Bestellung dem Belieben der Parteien überhaupt anheimgestellt ist.

I. Unter einer Verfügung ist die Abgabe von rechtsgeschäftlichen freiwilligen Willenserklärungen zu verstehen, sowie auch die Empfangnahme von Willenserklärungen als das mindere Recht. Das Gesetz spricht von bestimmten Verfügungen. Es ist schon ausgeführt worden, daß es durchaus wünschenswert ist, die Befugnisse des Treuhänders nicht zu sehr zu beschränken, etwa in der Furcht, er werde eine allzu bedeutende Machtstellung zum Schaden der Gläubiger ausnutzen. Fraglich bleibt nur, ob im Einzelfalle im Grundbuche bei der Eintragungsbewilligung ausdrücklich ausgesprochen werden muß, welche Arten von Verfügungen er vornehmen darf und welche nicht, oder ob eine Spezialisierung dann

nicht nötig ist, wenn Generalvollmacht besteht[1]). In dem letzten Falle würde die Verfügungsgewalt des Treuhänders sich lediglich nach dem seiner Bestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse bestimmen. Das ist aber nicht genügend, da die Rechtsstellung des Treuhänders dinglich begründet sein muß. Deshalb wird der Treuhänder nicht schon durch seine Bestellung — in Verbindung mit der bestehenden Generalvollmacht, und natürlich noch viel weniger ohne eine solche — ermächtigt, Verfügungen jeder Art über die Hypothek zu treffen; sondern der Umfang der Verfügungsmacht muß positiv oder negativ im Grundbuche eingetragen werden. Es ist aber zulässig, dem Treuhänder die Befugnis zu sämtlichen Verfügungen über die Hypothek zu erteilen[2]). Es würde mithin bei dem Fehlen einer näheren Bestimmung des Umfanges der Verfügungsbefugnisse des Treuhänders anzunehmen sei, daß seine Bestellung insoweit unwirksam ist[3]).

Die Verfügungsrechte des Vertreters nach § 1189 BGB. sind von verschiedenster Natur; wobei zunächst zu beachten ist, daß es nur solche sein können, die sich auf die Hypothek beziehen. Es handelt sich vor allem um Löschungsbewilligungen, weiter auch um die Entlassung von Trennstücken aus dem Pfandverbande, um Inhalts- und Rangänderungen, um die Entgegennahme von Zustellungen für die Gläubiger, um Anerkenntnisse des kraft Gesetzes erfolgten Uebergangs der Hypothek auf den Eigentümer usw. Hierbei ist nochmals darauf hinzuweisen, daß es gemäß § 44 Abs. 2 GBO. der Vorlage der Papiere nicht bedarf, wenn die Eintragung auf Grund der Bewilligung des Treuhänders oder auf Grund einer gegen ihn erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll.

[1]) So Fuchs, §§ 1187—1189, Nr. 28.

[2]) So Planck, § 1189, 7a; Biermann, § 1189, 3a; Predari, § 43, S. 591; Endemann, § 130, 4b; Crome, § 483, Anm. 26, S. 796; Wittkamp, § 12, S. 48; Koppel, § 10, S. 34; Stern, § 5, S. 19.

[3]) Anders Kretzschmar, SR., § 1189, Anm. 3a.

Zu Abtretungen der Hypothek ist der Treuhänder nicht befugt, und zwar einmal deshalb, weil er nicht im Besitze der Papiere ist, und dann [1]), weil nach § 1153 Abs. 2, der auch für die Sicherungshypothek gilt, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, der Grundbuchvertreter aber nur zur Verfügung über die Hypothek und nicht auch zur Verfügung über die Forderung ermächtigt ist, wenn er nicht gleichzeitig Vertragsvertreter ist.

Aus dem gleichen Grunde kann der Treuhänder auch nicht zur Vornahme der Kündigung ermächtigt werden — wenn er nicht gleichzeitig Vertragsvertreter ist — denn der Ausschluß des § 1141 BGB. durch § 1185 Abs. 2 BGB. hat zur Folge, daß die Kündigung bei der Wertpapiersicherungshypothek nur zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner erfolgt. Daß die Kündigung der Forderung sich ohne weiteres auf die Hypothek erstreckt, und daß der persönliche Schuldner fast immer mit dem Eigentümer identisch ist, hat dabei nichts zu sagen; denn der Eigentümer tritt eben als persönlicher Schuldner in Tätigkeit. § 893 kann für die Kündigung ebenfalls nicht in Frage kommen [2]). Die herrschende Ansicht [3]) nimmt ein Kündigungsrecht des Treuhänders an, wobei sie darüber streitet, ob diese als Verfügung oder als Geltendmachung anzusehen sei, oder ob sie beides sei.

II. Im Gegensatz zur Verfügungsbefugnis bedarf das Recht zur Geltendmachung der Hypothek keiner näheren Begrenzung durch die Eintragung ins Grundbuch. Hier besteht, wie allgemein angenommen wird, also ein generelles Recht, wenn nicht einzelne Tätigkeiten ausdrücklich ausgeschlossen sind. Unter Geltendmachung der Hypothek ist die Verfolgung auf gerichtlichem und außergerichtlichem Wege zu verstehen. Letzteres verneint Hachenburg [4]), jedoch zu Unrecht. Zur Geltendmachung der Hypothek gehört die Prozeßführung,

[1]) Vgl. hierzu Wittkamp, § 12, S. 48.
[2]) So Wittkamp, § 12, S. 48ff.; anders u. a. Denkschrift, S. 154.
[3]) Siehe Wittkamp, § 12, S. 49, Anm. 5.
[4]) Vorträge, S. 608.

einschließlich der Einlegung von Rechtsmitteln, die Betreibung der Zwangsvollstreckung, die Erwirkung von Arresten und einstweiligen Verfügungen, sowie die gerichtliche und außergerichtliche Wahrnehmung der Rechte aus §§ 1133 bis 1135 BGB. usw. Die Mahnung der Hypothek gehört dagegen nicht zur Geltendmachung der Hypothek; sie ist Geltendmachung der Forderung, wie Wittkamp[1]) sehr scharfsinnig ausführt. Der Treuhänder wird sie mithin nur vornehmen können, wenn er auch Vertragsvertreter ist.

Zur Empfangnahme von Zahlungen aus dem Grundstück ist der Treuhänder nicht ermächtigt, da hierzu die Vorlegung der Urkunden gehört, die er meist nicht im Besitz hat[2]). Dagegen ist er ohne weiteres berechtigt, den Erlös abgeschriebener und entpfändeter Grundstücke vom Eigentümer in Empfang zu nehmen.

---

§ 23.

Die Rechtsstellung des Treuhänders im Prozeß.

Da der Treuhänder ein dinglich begründetes Recht auf Vertretung der Gläubiger im eigenen Namen hat, so ist er Prozeßsubjekt in einem von ihm geführten Rechtsstreite. Das auf seinen Namen erlassene Urteil ist aber, da nach § 1189 BGB. seine Handlungen für und gegen die jeweiligen Gläubiger wirken, auch für und gegen die Gläubiger von Wirkung, weil diese selbst Rechtssubjekte bleiben. Deshalb können die einzelnen Gläubiger im Rechtsstreite des Treuhänders nicht als Zeugen auftreten. Da der Rechtsstreit aber auf den Namen des Vertreters lautet, hat er auch die Eide

---

[1]) § 12, S. 50ff.; anders die herrschende Meinung.

[2]) So Staudinger, § 1189, I., 1 zu a; Kretzschmar, SR., § 1189, 3b; Jacobi, S. 345; Biermann, § 1189, 3a; Endemann, § 130, Anm. 32; Crome, § 483, Anm. 26; Turnau-Förster, V. A. 2; P. VI, S. 260; anders Planck, § 1189, 7a; vgl. auch Gierke, § 163, Anm. 34; vgl. weiterhin auch Fleck in Holdheims Monatsschr. f. HR., Bd. 7, S. 217ff.; gegen ihn Rießer in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 47, S. 56ff.

zu leisten[1]). Es wird allgemein[2]) angenommen, daß auf den Treuhänder der § 53 ZPO. gilt. Dem ist nicht beizutreten, da der Treuhänder kein Pfleger der Gläubiger ist[3]). Klagen Gläubiger und Vertreter gemeinsam, so liegt eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne von § 62 ZPO. vor[4]). Tritt ein Gläubiger als Nebenintervenient dem Rechtsstreite bei, so gilt er gemäß § 69 ZPO. als Streitgenosse des Treuhänders[5]).

Streitig ist, wer die Kosten des Rechtsstreites zu tragen hat. Da der Treuhänder im eigenen Namen klagt, so treffen ihn in dem Falle, daß er den Prozeß verliert, die Kosten dem Gegner gegenüber; da er aber den Prozeß für die Gläubiger führt, so haben diese ihrerseits im Verhältnis zum Treuhänder die Kostenlast. Wenn der Treuhänder nichts mit ihnen über die Erstattung der Kosten vereinbart hat, so muß er sie von den einzelnen Gläubigern einholen; das mag oft sehr schwierig sein; deshalb muß der Treuhänder sich vorher sichern. Vom Eigentümer kann er sie jedenfalls nicht ersetzt verlangen[6]).

---

§ 24.
Die Beendigung der Treuhänderschaft.

Die Vertretungsmacht erlischt zunächst bei Eintritt des Todes des Treuhänders und bei Geschäftsunfähigkeit, da in diesen Fällen seine Tätigkeit tatsächlich bez. rechtlich unmöglich wird. Nicht dagegen wird das Treuhandverhältnis, wie allgemein angenommen wird[7]), dadurch beendet, daß das

[1]) Vgl. bes. Hachenburg, Beiträge, S. 171, Vorträge, S. 608.

[2]) So Planck, § 1189, 7b; Staudinger, § 1189, I., 1b; Hachenburg, Vorträge, S. 608; Riezler, S. 384, Anm. 15.

[3]) So Wittkamp, § 18, S. 81; vgl. auch Fuchs, §§ 1187 – 1189, Nr. 32.

[4]) So besonders das Reichsgericht, dagegen Hellwig, Bd. III, § 159, S. 174; über die Zitate der Rechtsprechung und Literatur, vgl. das. Anm. 5.

[5]) So Hachenburg, Beiträge, S. 172, Vorträge, S. 608; Oberneck II, § 159, S. 432; anderer Ansicht Riezler, S. 384, Anm. 15.

[6]) So Hachenburg, Vorträge, S. 609; anders Staudinger, § 1189, I., 1b; Planck, § 1189, 7b.

[7]) So Planck, § 1189, 6; Biermann, § 1189, 5; Fuchs, §§ 1187 bis 1189, Nr. 27, β.

zugrunde liegende Rechtsgeschäft erlischt. Denn es berührt den Bestand des Treuhandverhältnisses gar nicht, da dieses dinglich begründet ist, und da durch seine Beseitigung der Inhalt der Hypothek geändert wird. Es ist also gemäß §§ 873, 877 BGB. auch in diesem Falle, wie bei jeder rechtsgeschäftlichen Abberufung des Vertreters sonst, die Einigung der Beteiligten, also des Eigentümers und sämtlicher Gläubiger, nötig, sowie die Eintragung ins Grundbuch; diese wirkt also hier konstitutiv. Ein einseitiger Verzicht des Treuhänders selbst ist ebenfalls nicht geeignet zur Beendigung seiner Befugnisse [1]). Einer Mitwirkung des Treuhänders, wie Predari [2]) annimmt, bedarf es nicht, da er kein Recht an der Hypothek hat. Meist wird für den Fall eines unerwarteten Wegfalls des Treuhänders im voraus Sorge getroffen sein. Eine weitere Bestimmung über die Abberufung des Treuhänders enthält § 16 Abs. 3 SchVG.: „Auf Antrag von Gläubigern, deren Schuldverschreibungen zusammen den fünften Teil des Gesamtbetrags der im Umlaufe befindlichen Schuldverschreibungen erreichen, kann das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat oder gehabt hat (§ 4 Abs. 1 SchVG.), durch eine mit der sofortigen Beschwerde anfechtbare Verfügung den Treuhänder abberufen, nachdem vorher, soweit tunlich, letzterer sowohl wie der Schuldner gehört sind." Diese Bestimmung findet, wie der Zusammenhang ergibt (vgl. Abs. 1 des § 16 SchGV.), auch auf den Vertreter des § 1189 BGB. Anwendung. Einer Eintragung ins Grundbuch bedarf es dabei nicht, da die gerichtliche Abberufung dingliche Wirkung hat [3]). Eine nachträgliche Eintragung ist deshalb Grundbuchberichtigung ebenso wie in dem Fall, wo die Rechtsmacht des Treuhänders wegfällt infolge des Todes oder des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit.

[1]) So Cosack, §§ 266, I., 3e.

[2]) So § 43, S. 592.

[3]) So Predari, § 43, 3; Wittkamp, S. 60; anderer Ansicht Koppel, S. 48; Fuchs, §§ 1187–1189, Nr. 27.

D. Die Inhabergrundschuld.

§ 25.

Die Besonderheiten der Inhabergrundschuld.

§ 1195 BGB. bestimmt, daß eine Grundschuld in der Weise bestellt werden kann, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung. So genügt zur Bestellung die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Grundschuld bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch. Grundschuldgläubiger ist nach §§ 793 ff. BGB. der jeweilige Inhaber des Grundschuldbriefs, es sei denn, daß er zur Verfügung über den Brief nicht berechtigt ist. Der Hauptunterschied von der Inhaberschuldhypothek ist der, daß diese immer eine Sicherungshypothek ist, während die Inhabergrundschuld nur mit dem Brief bestellt werden kann. Eine ausdrückliche Bestimmung gibt auch § 51 Abs. 2 GBO. dahin, daß es bei der Eintragung einer Grundschuld genügt, den Gesamtbetrag unter Angabe der Anzahl, des Betrags und der Bezeichnung der Teile einzutragen, wenn die Grundschuld für den Inhaber des Briefs eingetragen und das Recht in Teile zerlegt werden soll.

Auch ein Treuhänder kann bei der Inhabergrundschuld bestellt werden. Seine Befugnisse sind dieselben, wie bei der Wertpapierhypothek. Gemäß § 43 GBO. bedarf es einer Vorlegung des Briefs bei einer Eintragung dann nicht, wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Vertreters oder durch eine gegen ihn erlassene gerichtliche Entscheidung begründet wird.